Ueber die

Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse

im

Konkurse.

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doctorwürde der hohen juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen vorgelegt

von

Georg Amon,

Rechtsanwalt in Dingolfing.

1896.

136

Ueber die

Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse

im

Konkurse.

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doctorwürde der hohen juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen vorgelegt

von

Georg Amon,

Rechtsanwalt in Dingolfing.

1896.

Inhaltsübersicht.

I. BUCH.

Abgrenzung des Stoffgebiets.

II. BUCH.

Einfluss der Konkurseröffnung auf die Erfüllung der Rechtsverhältnisse.

I. Hauptstück.

Die Fälle der Erfüllung, bezw. Nichterfüllung.

I. Teil: Rechtsgeschäfte.
I. Abschnitt: Einseitige Rechtsgeschäfte.
II. Abschnitt: Verträge.
I. Kapitel: Einseitige Verträge.
II. Kapitel: Zweiseitige Verträge.
A. Verträge, die von keinem Teile vollständig erfüllt sind.
I. Die Regel.
II. Ausnahmefälle.
1. Das Fixgeschäft.
2. Die Miete.
3. Reichsrechtliche und gemeinrechtliche Ausnahmen.
B. Verträge, die von einem Teile bereits vollständig erfüllt sind.
II. Teil: Delikte.
III. Teil: Sonstige Thatbestände.

II. Hauptstück.

Die Bethätigung der Erfüllung.

III. Hauptstück.

Rechtsstand in den Fällen, in welchen Erfüllung nicht erfolgt.

Ueber die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurs.

I. Buch.

Abgrenzung des Stoffgebiets.

Rechtsverhältnisse sind rechtlich begründete Beziehungen einer Person zu andern Personen oder zu Sachgütern. Die rechtlichen Beziehungen der Person zu den Sachgütern nennt man dingliche Rechte. Bei ihnen kann von Erfüllung nicht gesprochen werden; eben so wenig bei einem grossen Teile von Rechtsverhältnissen, welche sich als Beziehungen von Person zu Person darstellen. Denn unter «erfüllen» im allgemeinen sprachlichen Sinn versteht man «dasjenige thun, wozu man einer dritten Person gegenüber verpflichtet ist.» Die gleiche Bedeutung hat der fragliche Ausdruck auf dem Rechtsgebiete. «Ein Rechtsverhältnis erfüllen» heisst also «eine durch den Inhalt des Rechtsverhältnisses näher begrenzte Leistung vornehmen, zu der man einem Dritten gegenüber rechtlich verpflichtet ist.» Eine solche Leistungspflicht kann nicht in Betracht kommen, soweit es sich nur um Beziehungen der Person zum Sachgute handelt. Nicht anders steht es mit verschiedenen rechtlichen Beziehungen der Person zu anderen Personen. Unter den Gesichtspunkt der Erfüllung fallen nur diejenigen rechtlichen Beziehungen zwischen Personen, welche eine persönliche Verbindlichkeit des Schuldners zu einer Leistung an den forderungsberechtigten Gläubiger begründen. Doch nicht alle Rechtsverhältnisse, bei welchen man von Erfüllung sprechen kann, kommen im Konkurse in Betracht.

I. Zunächst scheiden die bereits erfüllten Rechtsverhältnisse aus. Wenn solche auf Grund der §§ 22 ff. K. O. mit Erfolg angefochten werden, treten selbstverständlich gegenseitige im Konkurs zu berücksichtigende Verbindlichkeiten ein. Die speziellen Vorschriften hierüber enthalten die §§ 30—32 K. O.

II. Ferner müssen unbeachtet bleiben alle jene eine Leistungspflicht begründenden Rechtsverhältnisse, welche dem Zwecke des Konkursverfahrens nicht dienstbar gemacht werden können. Der Zweck des Konkursverfahrens besteht darin, das im Augenblick der Konkurseröffnung vorhandene pfändbare Vermögen des Gemeinschuldners zur gemeinschaftlichen Befriedigung seiner persönlichen Gläubiger zu verwerten, welche einen zur Zeit der Konkurseröffnung begründeten Vermögensanspruch haben. §§ 1, 2 K. O.

Demnach werden durch das Konkursverfahren nicht berührt:

1. Die Ansprüche des Gemeinschuldners:

a) wenn die geschuldete Leistung keinen Vermögenswert hat, z. B. das Verwaltungsrecht des Ehemannes an dem Vermögen der Ehefrau,

b) wenn sie zwar Vermögenswert hat, aber für die Konkursmasse nicht verwertbar ist, z. B. gewisse Ansprüche auf persönliche Dienstleistungen, wie ärztliche Behandlung, Krankenpflege etc.; ferner Ansprüche, welche auf einem jus personalissimum beruhen, so lange der Gemeinschuldner sich nicht für deren Geltendmachung erklärt hat; so der Anspruch auf Busse nach §§ 188, 231 R. St. G. B.,

c) wenn sie nicht pfändbar ist, z. B. ein Pensionsanspruch im Sinne des § 749 Abs. 1 Ziff. 7 und Abs. 2 R. C. P. O.,

d) wenn das Schuldverhältnis zur Zeit der Konkurseröffnung wohl begründet, der Anspruch auf die vermögenswerte Leistung aber noch nicht entstanden ist, z. B. der Vergütungsanspruch des Gemeinschuldners für solche nach der Konkurseröffnung geleistete Dienste, zu deren Ausführung er sich vorher verpflichtet hatte.

Die Arbeitskraft des Gemeinschuldners gehört nicht zur Konkursmasse, infolge dessen auch nicht die Vergütung für die nach der Konkurseröffnung erfolgte Bethätigung derselben.

2. Die Ansprüche Dritter auf Leistung des Gemeinschuldners:

a) wenn es sich nicht um eine Schuldforderung (obligatio) an den Gemeinschuldner handelt, z. B. der Anspruch auf Anerkennung des Familienstandes,

b) wenn zwar eine Schuldforderung in Frage steht, diese aber nicht eine Leistung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners bezweckt, z. B. der persönliche Anspruch auf Herausgabe einer nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörigen Sache; der Anspruch auf eine persönliche Handlung oder Unterlassung des Gemeinschuldners, so dass dieser auch nach der Konkurseröffnung erfüllen kann, ohne dass die Erfüllung das zur Befriedigung der Gläubiger verwendbare Vermögen verringert.

Sind diese Ansprüche schon vor der Konkurseröffnung in Vermögensansprüche umgewandelt, so äussert natürlich das Konkursverfahren einen Einfluss auf sie. So kann an Stelle des oben erwähnten Anspruchs auf Herausgabe ein Schadensersatzanspruch wegen Vernichtung der Sache getreten sein; der Dritte kann im Wege der Zwangsvollstreckung die Ermächtigung erlangt haben, die von dem Gemeinschuldner geschuldete, auch durch dritte Personen ausführbare Handlung auf dessen Kosten vornehmen zu lassen,

c) wenn zwar das Schuldverhältnis, aber nicht das Forderungsrecht im Augenblick der Konkurseröffnung entstanden ist, z. B. es liegt eine erst nach der Konkurseröffnung bethätigte schuldhafte Handlung vor, welche die Verletzung einer Vertragspflicht enthält.

Das Konkursverfahren äussert, abgesehen von den durch § 19 K. O. betroffenen Fällen, einen Einfluss bloss auf die Erfüllung derjenigen eine vermögenswerte Leistung bezielenden Ansprüche, welche unter die vorstehend aufgeführten Ausnahmen nicht fallen.

II. Buch.

Einfluss der Konkurseröffnung auf die Erfüllung der Rechtsverhältnisse.

Die allgemeine Wirkung der Konkurseröffnung auf die schwebenden Rechtsverhältnisse, welche eine persönliche Verbindlichkeit zu einer vermögenswerten Leistung begründen, ist folgende:

Die Forderungen des Gemeinschuldners werden Bestandteil der Konkursmasse und sind an diese zu erfüllen; die Forderungen Dritter an den Gemeinschuldner werden nur nach Massgabe der K. O. aus der Konkursmasse getilgt. §§ 1, 2, 10 K. O.

Eine weitere Wirkung ist die, dass bei einzelnen Rechtsverhältnissen die Eröffnung des Verfahrens die Nichterfüllung unmittelbar zur Folge hat oder wenigstens mittelbar insoferne herbeiführen kann, als dem Konkursverwalter oder dem beteiligten Dritten oder beiden die Befugnis eingeräumt ist, sich für die Nichterfüllung zu entscheiden.

Aufgabe dieser Abhandlung ist es, znnächst festzustellen, in welchen Fällen die Erfüllung stattzufinden hat und wann die Nichterfüllung Platz greift; daran hat sich eine Erörterung über die Art und Weise der Erfüllung und die rechtlichen Folgen der Nichterfüllung anzureihen.

I. Hauptstück.

Die Fälle der Erfüllung, bezw. Nichterfüllung.

Die Feststellung, in welchen Fällen Erfüllung stattfindet, bezw. nicht erfolgt, wird am zweckmässigsten im Anschluss an die einzelnen Entstehungsgründe der in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse vorgenommen.

Im allgemeinen beruhen die Rechtsverhältnisse entweder auf Rechtsgeschäften oder auf Delikten oder

auf sonstigen Thatbeständen. Was von den Rechtsverhältnissen im allgemeinen gilt, das muss im besonderen auch auf jene Gattung von Rechtsverhältnissen Anwendung finden, welche eine vermögenswerte Leistung bezwecken.

Unter diesen Entstehungsgründen der Rechtsverhältnisse nehmen die Rechtsgeschäfte eine hervorragende Stellung ein.

I. TEIL.

Rechtsgeschäfte.

Rechtsgeschäfte sind Willensäusserungen einer Person, welche den Zweck haben, deren rechtliche Verhältnisse zu ordnen. Diese Ordnung besteht in der Begründung, Aenderung und Aufhebung von Rechten. Hier sind nur diejenigen Rechtsgeschäfte zu berücksichtigen, durch welche Forderungsrechte geschaffen werden. Dies kann durch Neubegründung, wie auch durch Umgestaltung eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses geschehen. Forderungsrechte werden begründet sowohl durch einseitige, auf der Willenskundgabe einer einzelnen Person beruhende Rechtsgeschäfte, z. B. negotiorum gestio, wie insbesondere durch zweiseitige Rechtsgeschäfte, welche durch die übereinstimmende Willenserklärung der Beteiligten zustande kommen.

Zweiseitige Geschäfte dieser Art nennt man Leistungsverträge, obligatorische Verträge.

Die Bestimmungen der K. O. über den Einfluss der Konkurseröffnung auf die Erfüllung der Rechtsgeschäfte sind im zweiten Titel (§§ 15 ff.) enthalten. Ist auf Grund der §§ 22 ff. K. O. ein Rechtsgeschäft mit Erfolg angefochten, so finden nicht die Bestimmungen des zweiten Titels, sondern §§ 30—32 K. O. Anwendung.

Alle diese Vorschriften über die Erfüllung bilden zwingendes Recht und können durch vorgängige Ver-

einbarung im einzelnen Falle nicht ausser Wirksamkeit gesetzt werden. Was nun die Bestimmungen des zweiten Titels der K. O. anlangt, so ergibt sich folgende Gliederung: § 15 stellt eine allgemeine Regel für zweiseitige, von keinem Teile vollständig erfüllte Verträge auf, §§ 16—19 enthalten Ausnahmen von dieser Regel, eine auf alle Arten von Rechtsgeschäften bezügliche Bestimmung trifft § 20, welcher, soweit Verträge der in § 15 geschilderten Art vorliegen, diesem gegenüber ebenfalls als Ausnahme erscheint.

§ 20 lautet:

> Soweit rücksichtlich einzelner durch die §§ 16—19 nicht betroffener Rechtsverhältnisse die Reichsgesetze oder die Landesgesetze besondere Bestimmungen über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens enthalten, kommen diese zur Anwendung.

Wie bereits erwähnt, bezieht § 20 K. O. sich auf alle Arten von Rechtsgeschäften, also auf einseitige Rechtsgeschäfte, einseitige Verträge und zweiseitige Verträge, und zwar auf letztere auch dann, wenn sie von einer Seite schon vollständig erfüllt sind. Dieses umfassende Anwendungsgebiet des § 20 K. O. ergibt sich zunächst aus seiner Entstehungsgeschichte. Der Entwurf der Gemeinschuldordnung vom Jahre 1873 § 25 und der Bundesratsentwurf § 20 hatten folgenden Wortlaut:

> «Durch die Vorschriften des § 15 werden die besonderen Bestimmungen nicht berührt, welche die Reichsgesetze oder die Landesgesetze über die Wirkung der Eröffnung des Verfahrens auf einzelne durch §§ 16—19 nicht betroffene Rechtsverhältnisse enthalten.»

Durch diese Bestimmung sollten, wie vor allem die Bezugnahme auf § 15 ergibt, nur die Ausnahmen gewahrt werden, welche die Reichs- und Landesgesetze von der Regel des § 15 in besonderen Bestimmungen machen. (Mot. S. 63, 64; Prot. S. 156, 157.)

Bei der Beratung in der Reichstagskommission beantragte v. Sarwey unter anderem statt «Rechts-

verhältnisse» am Schlusse obiger Bestimmung «zweiseitige Verträge» einzusetzen. Dieser Antrag wurde abgelehnt und hiebei als übereinstimmende Auffassung der Reichstagskommission und der Regierungsvertreter bekundet, dass angesichts des § 4 Einf. G. z. K. O. die reichs- und namentlich landesrechtlichen Bestimmungen gewahrt werden wollten, welche an sich unter § 15 nicht fallen. Demnach ist § 20 K. O. nicht auf zweiseitige Verträge beschränkt. Zu dem gleichen Ergebnisse führt der Wortlaut des § 20 selbst. Es ist nämlich im Gesetzestext der Ausdruck «Rechtsverhältnisse» gebraucht. Der Begriff dieses Ausdruckes umfasst auch Verhältnisse, welche nicht unter den Vertragsbegriff fallen, also insbesondere einseitige Rechtsgeschäfte.

Doch nicht alle möglichen Rechtsverhältnisse werden durch § 20 berührt. Dies zeigt die Ueberschrift des zweiten Titels der K. O. Dort ist von der «Erfüllung der Rechtsgeschäfte» die Rede. Demnach werden Rechtsverhältnisse, welche nicht Rechtsgeschäfte sind, auch durch § 20 nicht betroffen.

Hienach ist soviel sicher, dass mit Ausnahme der in §§ 16—19 K. O. geregelten Vertragsverhältnisse alle Rechtsgeschäfte von § 20 K. O. erfasst werden, ohne Unterschied, ob eine einseitige oder zweiseitige Leistungspflicht in Frage steht. § 16 betrifft das Fixgeschäft, §§ 17—19 den Mietvertrag; aber ersterer regelt nicht alle Verhältnisse des Fixgeschäftes, letztere nicht alle Mietverhältnisse.

Soweit eine solche Regelung durch die genannten §§ unterblieben ist, kann § 20 auch für das Fixgeschäft, bezw. den Mietvertrag in Betracht kommen. Seine Anwendbarkeit ist vor allem bei den durch §§ 16—19 selbst geregelten Verhältnissen dann nicht ausgeschlossen, wenn der Kaufpreis, bezw. Mietpreis zur Zeit der Konkurseröffnung bereits vollständig bezahlt ist; denn die genannten §§ enthalten massgebliche Bestimmungen nur für den Fall, dass von keinem Teile vollständig erfüllt ist.

Ausserdem erscheint § 20 anwendbar:

1. bei Fixgeschäften, für welche sich der in § 16 Abs. 2 K. O. bezeichnete Marktpreis nicht ermitteln lässt,
2. bei folgenden Mietverhältnissen:

a) der Gemeinschuldner hat eine Sache vermietet; ob in diesem Falle die Sache zur Zeit der Konkurseröffnung bereits übergeben ist oder nicht, begründet keinen Unterschied;

b) es handelt sich um ein nicht angetretenes Dienstverhältnis der in § 19 K. O. bezeichneten Art.

Diese werden nämlich durch §§ 16—19 K. O. überhaupt nicht berührt, wenn man von dem Falle absieht, dass unter Umständen die Veräusserung der übergebenen Mietsache durch den Konkursverwalter besondere Wirkungen gemäss § 17 Abs. 2 K. O. äussern kann.

§ 20 K. O. hält die besonderen Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetze über den Einfluss der Konkurseröffnung auf die durch §§ 16—19 nicht betroffenen Rechtsgeschäfte aufrecht, aber nur insoweit, als sie Vorschriften über deren Erfüllung bezw. Aufhebung treffen. Insbesondere bezieht er sich nicht auf die Frage der Rückforderung des bereits Geleisteten aus der Konkursmasse oder die Eigentumsfrage; denn diese beiden Punkte sind in §§ 21, bezw. 35 K. O. geregelt.

Dies war die Auffassung des Gesetzgebers (Prot. S. 19, 153—163, 202) und ist aus der bereits angeführten Ueberschrift des zweiten Titels zu entnehmen, welche zeigt, dass die unter ihn aufgenommenen Bestimmungen nur soweit Wirkung äussern sollten, als es sich um die Erfüllung der Rechtsgeschäfte handelt. Alle anderweitigen in Reichs- oder Landesgesetzen ausgesprochenen Wirkungen der Konkurseröffnung bleiben daher nach wie vor kraft der Vorschrift des § 4 Einf. G. z. K. O. aufgehoben.

Der Ausdruck «besondere Bestimmungen der Reichs- oder Landesgesetze» hat die Bedeutung, dass nur solche Rechtsnormen aufrecht erhalten werden, welche bei

Gelegenheit der Regelung einzelner Rechtsverhältnisse geschaffen worden sind. Derartige Bestimmungen werden in der Regel mit Rücksicht auf die besondere Natur der betreffenden Rechtsverhältnisse getroffen sein; dies ist aber nicht notwendig, und die in Frage stehende Rechtsnorm ist auch nicht daraufhin zu prüfen. (Anders Sarwey, S. 177, Wilmowsky, S. 98.) Gesetze, welche die Regelung der Gant selbst bezwecken, also allgemeiner Natur sind, wurden durch § 20 K. O. nicht aufrecht erhalten.

R. G. III *S. 42, R. G. in Jur. W. 1893 S. 169 Nr. 45.*

Im Reichsrecht und gemeinen Recht kommt § 20 K. O. nur für zweiseitige Verträge in Betracht. Bezüglich der aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Bestimmungen vgl. Sarwey S. 180 ff.

I. Abschnitt.

Einseitige Rechtsgeschäfte.

Hier finden nur Berücksichtigung solche einseitige Rechtsgeschäfte, welche eine vermögenswerte Leistungspflicht begründen.

Die Konkursordnung enthält keine besonderen Bestimmungen über den Einfluss der Konkurseröffnung auf einseitige Rechtsgeschäfte.

Auf den Rechtsbestand der hieher gehörigen Forderungen und Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners äussert die Konkurseröffnung keinerlei Wirkung. Sie bleiben an das Subjekt geknüpft, an das sie bisher geknüpft waren. Es wird nur die Art ihrer Verfolgung durch die Konkurseröffnung berührt.

1. Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners sind aus der Konkursmasse zu erfüllen (§ 2 K. O.) z. B. Anspruch eines Dritten aus einer negotiorum gestio.

2. Forderungen des Gemeinschuldners, d. h. Ansprüche desselben auf Leistungen Dritter, sind Bestandteil der Konkursmasse; es ist also an die Konkursmasse zu erfüllen.

II. Abschnitt.
Verträge.

Die Verträge sind entweder einseitige oder zweiseitige.

Einseitige Verträge in dem hier in Betracht kommenden Sinne sind solche, welche die Verbindlichkeit zu einer vermögenswerten Leistung nur eines Beteiligten begründen.

Die zweiseitigen Verträge bezwecken eine gegenseitige Verbindlichkeit zu vermögenswerten Leistungen; sie verpflichten zur Leistung und Gegenleistung.

I. Kapitel.
Einseitige Verträge.

Für die einseitigen Verträge gilt das gleiche, was über die einseitigen Rechtsgeschäfte gesagt ist. Nur in einer Beziehung findet sich eine Ausnahme. Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners, welche auf einer Freigebigkeit desselben beruhen (z. B. Schenkungsversprechen) können nicht als Konkursforderungen geltend gemacht werden. § 56 Ziff. 4 K. O.

Die diesbezüglichen Ansprüche bleiben vom Konkursverfahren ausgeschlossen.

II. Kapitel.
Zweiseitige Verträge.

Die Frage, welchen Einfluss die Konkurseröffnung auf zweiseitige Verträge äussert, gestaltet sich schwieriger als bei den einseitigen Rechtsgeschäften und einseitigen Verträgen. Dass gewisse, auf eine persönliche Thätigkeit des Gemeinschuldners gerichtete Ansprüche, sowie Ansprüche des Gemeinschuldners auf Leistungen, die nur an ihn erfolgen können, im allgemeinen vom Konkursverfahren nicht berührt werden, ist bereits hervorgehoben worden. Im übrigen ist zu bemerken: Leistung und Gegenleistung stehen nach der Absicht

der Beteiligten in einem Verhältnisse der Gegenseitigkeit. Sofern nun die Leistung, zu welcher der Gemeinschuldner verpflichtet ist, nur nach Konkursrecht geltend gemacht werden kann, d. h nicht vollständig oder in anderer Weise zur Erfüllung kommt als die Vertragsteile beabsichtigten, erscheint es billig, diesem Umstand auch einen rechtlichen Einfluss auf die Leistungspflicht des anderen Teiles einzuräumen. Dabei ist die Frage von grosser Wichtigkeit, inwieweit eine Erfüllung des Vertrages stattgefunden hat. Nach den Bestimmungen der Konkursordnung kommt es darauf an, ob der Vertrag zur Zeit der Konkurseröffnung von einem Teile vollständig erfüllt ist oder nicht. Nach diesen Gesichtspunkten ist der Einfluss der Konkurseröffnung auf die Erfüllung der zweiseitigen Verträge zu prüfen.

A. Verträge, die zur Zeit der Konkurseröffnung von keinem Teile vollständig erfüllt sind.

Für solche Verträge stellt § 15 K. O. eine allgemeine Regel auf. Diese Regel wird durch einzelne in §§ 16—20 K. O. enthaltene Ausnahmen durchbrochen.

I. Die Regel.

§ 15 lautet:

> Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und dem andern Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem andern Teile verlangen.
>
> Der Verwalter muss auf Erfordern des andern Teils, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterlasst er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen.

Zweiseitige von keinem Teile vollständig erfüllte Verträge kann also der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners erfüllen und deren Erfüllung vom Gegner fordern.

1. Zweiseitige Verträge im Sinne des § 15 K. O. sind alle Verträge, welche Leistung und Gegenleistung bezwecken. Gleichgültig ist, ob die gegenseitige Leistungspflicht eine Folge der rechtlichen Natur des Vertrages ist, wie z. B. beim Kauf, oder ob solche im einzelnen Falle durch den besonderen Parteiwillen begründet wurde, z. B. Schenkung unter einer Auflage, Auftrag gegen Entgelt. Es liegt kein genügender Grund vor, letztere Art von Verträgen als nicht inbegriffen zu erachten. Denn aus dem Inhalte des § 15 ergibt sich nicht der geringste Anhalt für eine derartige Einschränkung des Begriffs; vielmehr wird die hier vertretene Ansicht durch die Motive (S. 1391—1393) unterstützt. Aus diesen ist zu ersehen, dass der K. O. der Begriff der preussischen K. O. zu Grunde gelegt wurde. Letztere hatte «auf gegenseitige Leistung gerichtete Rechtsgeschäfte» zum Gegenstande, umfasste demnach unzweifelhaft auch Verträge der letztbezeichneten Art. (Anderer Ansicht Oetker in der Zeitschr. f. Z. Pr. Bd. 14 S. 25 ff.)

Ein Vertrag, bei welchem bald dessen rechtliche Natur, bald die Vereinbarung der Parteien die gegenseitige Leistungspflicht begründet, ist der handelsrechtliche Kommissionsvertrag (Art. 360 ff. H. G. B.).

Er begründet ein Auftragsverhältnis, bei dem der Kommittent infolge des gesetzlich gekennzeichneten Parteiwillens zur Gegenleistung verpflichtet ist; er fällt daher unter § 15 K. O., falls er zur Zeit der Konkurseröffnung von keinem Teile vollständig erfüllt ist. Hat aber der Kommissionär vor der Konkurseröffnung von der durch Art. 376 H. G. B. ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht, so ist auch ein Kaufgeschäft entstanden und fällt das Verhältnis insoweit wiederum unter § 15 K. O.

Ist der Gemeinschuldner Kommissionär und erklärt

an dessen Stelle der Konkursverwalter nach Eröffnung des Verfahrens den Selbsteintritt, so ist auf dieses Kaufgeschäft, weil es im Augenblick der Konkurseröffnung noch nicht bestand, § 15 K. O. nicht anwendbar. Die dadurch vom Konkursverwalter übernommene Verbindlichkeit ist gemäss § 52 Ziff. 1 K. O. eine Masseschuld.

2. Die Regel des § 15 K. O. findet nur Anwendung, wenn kein Teil vollständig erfüllt hat.

a) Vollständig erfüllt ist ein Vertrag dann, wenn der Leistungspflichtige alles das geleistet hat, was der Vertragsgegner nach dem durch den Inhalt des Vertrages verkörperten Parteiwillen zu fordern berechtigt ist. Ob im einzelnen Falle Erfüllung stattgefunden hat oder nicht, ist nach dem massgebenden bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Selbstverständlich gilt in den Fällen, in welchen der Parteiwille an die Leistungspflicht der Beteiligten weitere Anforderungen stellt als die Natur des Vertrages an sich, der Vertrag erst dann als erfüllt, wenn auch diesen genügt ist. Betrachten wir die wichtigsten Verhältnisse, so kommen wir zu folgenden Ergebnissen:

α) Der Vertrag ist auf Uebertragung des Eigentums an einer Sache gerichtet.

Von Erfüllung kann erst dann gesprochen werden, wenn dem Forderungsberechtigten wirklich das Eigentum an der betreffenden Sache verschafft worden ist.

$\alpha\alpha$) Der Vertrag ist also nicht erfüllt, wenn eine andere als die geschuldete Sache zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben worden ist; denn es ist zwar Eigentum an einer Sache übertragen, aber nicht an der im Vertrage bezeichneten Sache.

$\beta\beta$) Das gleiche ist der Fall, wenn der Leistungspflichtige eine fremde Sache übergibt. Nach dem Grundsatze «nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet» konnte er dem andern Teile das Eigentum an dieser Sache nicht verschaffen; er hat somit seine Verbindlichkeit nicht erfüllt.

γγ) Als nicht erfüllt erscheint der Vertrag auch dann, wenn der Verkäufer bei Uebergabe der verkauften Sache sich das Eigentum vorbehalten hat; denn erst mit der Beseitigung des Eigentumsvorbehaltes ist dem Zwecke des Kaufvertrages genügt. Bis zu diesem Zeitpunkt hindert sein Wille den Erfolg, welchen er kraft des abgeschlossenen Kaufvertrages herbeizuführen verpflichtet ist, m. a. W. er ist seiner Vertragspflicht noch nicht vollständig nachgekommen.

Gemeinrechtlich wird zur Uebertragung des Eigentums an beweglichen wie unbeweglichen Sachen lediglich die Uebergabe (traditio) erfordert. Nach den Partikularrechten ist die Uebertragung des Eigentums an unbeweglichen Sachen an einen Formalakt gebunden. Zur Erfüllung des Vertrags wird verlangt, dass auch diese Formvorschrift beobachtet wird.

Nach gemeinem Recht geht das Eigentum an einer Sache nur dann auf den Käufer über, wenn der Kaufpreis entweder gezahlt oder gestundet ist. Demnach ist auf Seite des Verkäufers bei Barkauf schon erfüllt, wenn er die Sache übergeben hat und zur Empfangnahme des Kaufpreises bereit ist. Denn mehr von ihm zu fordern ist der andere Teil nicht berechtigt; der Verkäufer ist nicht verpflichtet, dem Käufer den Kaufpreis nachträglich zu stunden, weil dieser nicht zahlen kann oder will. Vielmehr ist es Sache des Gegners, das gesetzliche Hindernis des Eigentumsübergangs durch Zahlung zu beseitigen.

β) Der Vertrag bezweckt die Uebertragung einer Forderung.

Die Forderung geht auf den Nachfolger des Gläubigers mit dem Augenblick über, wo der Gläubiger die Cessionserklärung dem damit einverstandenen Erwerber abgegeben hat. Daher ist mit Abgabe dieser Erklärung der Vertrag erfüllt.

Die Benachrichtigung des Schuldners (denunciatio) ist zur Erfüllung des Vertrags nicht mehr erforderlich, weil von ihrer Bethätigung der Erwerb der Forderung durch den Nachfolger des Gläubigers nicht abhängt.

γ) Der Vermieter einer Sache hat den Vertrag erst dann erfüllt, wenn er die Sache dem Mieter zum Zwecke der ordnungsmässigen Benützung übergeben und ihn während der ganzen vertragsmässigen Zeit im ungestörten Nutzgenusse belassen hat.

δ) Bei der locatio conductio operis (Werkverdingung) muss der Unternehmer das bedungene opus gefertigt und bereit gestellt haben. Hat er sich verpflichtet, auf fremdem Grundstücke ein Haus zu errichten, dann muss das Haus auf dem betreffenden Grundstücke genau nach den getroffenen Vereinbarungen hergestellt und an den Geschäftsherrn übergeben sein. Wer den Transport von Gegenständen übernimmt, hat den Vertrag dann erfüllt, wenn er die übernommenen Gegenstände an den Bestimmungsort gebracht und dort an den Empfangsberechtigten abgeliefert hat.

b) Hat noch kein Teil irgend eine auf Verwirklichung des Vertrags gerichtete, ihm obliegende Leistung vorgenommen, so spricht man von nicht erfülltem Vertrag. Als nicht erfüllt hat ein Vertrag auch zu gelten, wenn bei einer nicht teilbaren Leistung ein Vertragsteil zwar einzelne zur Erfüllung des Vertrags erforderliche Handlungen vorgenommen hat, aber noch weiter thätig werden muss, bis er seiner Leistungspflicht genügt hat. So muss z. B. beim Tauschvertrag der Leistungspflichtige den Tauschgegenstand dem Vertragsgegner zu Eigentum übertragen. Die Hingabe einer fremden Sache genügt nicht. Dies wäre nicht einmal teilweise Erfüllung des Vertrags.

Unvollständig erfüllt ist ein Vertrag vor allem, wenn bei einer teilbaren Schuld teilweise geleistet ist. So insbesondere, wenn der eine teilweise geleistet hat, der andere überhaupt nicht. Hieher gehört auch der Fall, dass die beiden Vertragschliessenden teilweise geleistet haben, selbst dann, wenn die gegenseitigen Teilleistungen sich entsprechen. A hat sich z. B. verpflichtet, 1000 Zentner Getreide, den Zentner zu 8 Mark zu liefern. Er hat 100 Zentner geliefert und den darauf entfallenden Betrag von 800 Mark

erhalten. Der Vertrag gilt nun nicht hinsichtlich der Teilleistungen als erfüllt, bezüglich des Restes aber als unerfüllt, sondern § 15 K. O. findet auf die gesamte in den Vertragsinhalt aufgenommene Leistungspflicht der Vertragsteile Anwendung; der ganze auf Lieferung von 1000 Zentnern gerichtete Vertrag ist etwas Einheitliches und erfordert eine einheitliche Behandlung. (Anderer Ansicht v. Völderndorf I S. 224; Oetker Ztschr. f. C. Pr. Bd. 14 S. 27.)

Der von beiden Teilen zu sich entsprechenden Teilleistungen erfüllte Vertrag gilt hinsichtlich dieser nur in dem Falle für vollständig erfüllt und daher insoweit der Regel des § 15 K. O. entrückt, wenn nach der Absicht der Vertragschliessenden die Schuld in einzelne von einander unabhängige Teile zerlegt werden kann, die Beteiligten also kraft Vereinbarung berechtigt sind, den ursprünglich einheitlichen Vertrag in selbständige Teilverträge aufzulösen. Eine solche Absicht ist im Zweifel nicht als vorliegend anzunehmen.

Als unvollständig erfüllt hat der Vertrag auch dann zu gelten, wenn zwar geleistet wurde, das Geleistete aber mangelhaft ist, den vertragsmässigen oder gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht. Es ist z. B. ein mit einem wesentlichen Fehler behaftetes Pferd übergeben worden. Auch auf diesen Fall erstreckt sich § 15 K. O. Die bei mangelhafter Leistung durch das Recht eingeräumten sonstigen Schutzmittel (Anspruch auf Rückgängigmachung, bezw. Preisminderung) werden selbstverständlich durch die Konkurseröffnung nicht berührt und kommen neben § 15 K. O. zur Anwendung.

c) Hat ein Teil vor der Konkurseröffnung Klage auf Erfüllung des Vertrags erhoben, so ist die Anwendbarkeit des § 15 K. O. hiedurch nicht ausgeschlossen; denn dieser Umstand hat nicht zur Folge, dass der Vertrag als erfüllt anzusehen ist.

d) Ebenso ist es für die Anwendung des § 15 K. O. ohne Belang, aus welchem Grunde die Erfüllung, bezw. vollständige Erfüllung unterblieben ist.

3. Erfüllung an Stelle des Gemeinschuldners, welcher auch nach der Konkurseröffnung Träger seiner Rechte und Verbindlichkeiten bleibt, kann der Konkursverwalter natürlich bloss dann vornehmen, wenn der Gemeinschuldner zu einer Leistung verpflichtet ist, welche auch durch dritte Personen bethätigt werden kann. § 50 K. O. ist demnach in allen jenen Fällen unanwendbar, in welchen Erfüllung nur durch persönliche Thätigkeit des Gemeinschuldners möglich, der andere Teil also nicht verpflichtet ist, eine durch Dritte dargebotene Leistung entgegenzunehmen. Soweit der Konkursverwalter nicht erfüllen kann, darf er die Erfüllung von dem Vertragsgegner nicht fordern, weil dieser Anspruch von der Erfüllung durch den Konkursverwalter abhängig ist. Der Gemeinschuldner kann nicht gezwungen werden, die geschuldete Leistung zu Gunsten der Konkursmasse vorzunehmen. Seine Arbeitskraft gehört nicht zur Konkursmasse. Daher ist er nicht verpflichtet, sie nach der Konkurseröffnung zum Vorteile der Gläubiger zu bethätigen. Erfüllt er nach der Konkurseröffnung, setzt er also seine Arbeitskraft durch Bethätigung derselben in einen erfassbaren Vermögenswert um, so ist der auf diese Weise erworbene Anspruch auf die Gegenleistung nicht Bestandteil der Konkursmasse. Denn er wurde nicht durch den Vertrag, sondern durch die nach der Eröffnung des Verfahrens vom Gemeinschuldner vorgenommene Leistung erworben. Ob nur der Gemeinschuldner durch persönliche Thätigkeit erfüllen kann, oder ob die Leistung auch durch Dritte erfolgen darf, ist Thatfrage. Es kommt auf die Umstände des einzelnen Falles an. Ersatzerfüllung durch Dritte ist vorzugsweise bei Verträgen ausgeschlossen, durch welche der Gemeinschuldner sich zu persönlicher Dienstleistung verpflichtet hat, wie z. B. zur Unterrichtserteilung, zur Lieferung künstlerischer Arbeiten.

Erfüllung zur Konkursmasse kann im letzteren Falle nur verlangt werden, wenn die Arbeit gefertigt ist und sich in der Konkursmasse vorfindet.

4. Der Konkursverwalter hat das Wahlrecht der

Erfüllung oder Nichterfüllung. Für seine gesamte Thätigkeit ist in erster Linie das Interesse der Konkursgläubiger massgebend; daher hat er auch das Wahlrecht so auszuüben, wie es für die Konkursmasse am vorteilhaftesten erscheint. Erklärt der Konkursverwalter sich für die Erfüllung, so kann er Erfüllung auch vom Vertragsgegner des Gemeinschuldners fordern. Der Wortlaut des Gesetzes «kann erfüllen und die Erfüllung vom andern Teil verlangen» hat natürlich nicht den Sinn, als ob der Konkursverwalter stets vor dem andern Teile zu erfüllen habe; vielmehr bleiben die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts hinsichtlich der Frage unberührt, ob Zug um Zug zu leisten ist oder ob die Leistung oder die Gegenleistung zuerst zu erfolgen hat. Es wird nur darüber Gewissheit geschaffen, dass erfüllt werden muss, d. h. dass die ursprüngliche Rechtslage hergestellt werden muss.

a) Durch die Entscheidung für Erfüllung erkennt der Konkursverwalter die Rechtsgültigkeit des Vertrages selbstverständlich noch nicht an. Die Anfechtbarkeit desselben wird dadurch nicht aufgehoben, sondern es wird die gleiche Rechtslage hergestellt, wie sie vor Ausbruch des Konkurses bestand. Der Konkursverwalter kann alle Einwendungen gegen den Rechtsbestand des Vertrages geltend machen, welche der Gemeinschuldner hätte erheben können, z. B. die Einrede des Irrtums, Betrugs, Zwangs. Infolgedessen kann er unter Umständen von einem Rücktrittsrechte Gebrauch machen, obwohl er sich für die Erfüllung ausgesprochen hat.

b) Er muss genau so leisten, wie der Gemeinschuldner hätte leisten müssen. Darnach ist zu beurteilen, ob er Zug um Zug, vor oder nach dem Vertragsgegner zu erfüllen hat. Konnte ferner der letztere kraft Vertrags oder Gesetzes Sicherheitsleistung vom Gemeinschuldner verlangen, so muss auch der Konkursverwalter Sicherheit leisten. Der Umstand, dass inzwischen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, berechtigt an sich den andern Teil nicht, Sicherheit zu fordern, sondern nur dann, wenn ihm dieses

Recht für den Fall schlechter Vermögenslage überhaupt zustand.

c) Der Konkursverwalter muss sich dieselben Einwendungen gegen den Anspruch auf Erfüllung des Vertrags gefallen lassen, welche dem Gemeinschuldner entgegenstanden. Insbesondere kommt die etwaige Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Vertrags in Betracht; es kann ferner das Recht auf Erfüllung durch Versäumnisse des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung verloren gegangen sein; ebenso sind von ausschlaggebender Bedeutung Vereinbarungen zwischen Gemeinschuldner und Gegner nach Abschluss des Vertrags, aber vor Eröffnung des Verfahrens, welche den ursprünglichen Vertrag ändern oder aufheben.

d) Endlich kann der Konkursverwalter wohlerworbene Rechte Dritter nicht beeinträchtigen R. G. XI S. 52. Hat der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung seinen Anspruch aus dem Vertrag zediert, so ist der Konkursverwalter nicht berechtigt, die betreffende Forderung zur Konkursmasse zu ziehen; bei teilweiser Zession der Forderung kann er nur Erfüllung bezüglich des nicht zedierten Restbetrags verlangen. Ebenso muss der Konkursverwalter, soweit der Anspruch des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung für einen Dritten gepfändet worden ist, das Absonderungsrecht des letzteren anerkennen. Hat ferner der Gemeinschuldner den Vertragsgegner angewiesen, die Leistung an einen Dritten zu bethätigen, und hat derselbe diese Anweisung gegenüber dem Dritten angenommen, so bleibt die Anweisung in Kraft, falls nach dem massgebenden bürgerlichen Rechte der Assignatar ein festes, der Verfügung des Anweisenden nicht mehr unterliegendes Recht gegen den Angewiesenen erworben hat. Ob derartige Rechte Dritter begründet worden sind, darüber hat sich der Konkursverwalter im Interesse der Konkursmasse und des Gemeinschuldners vorher Kenntnis zu verschaffen, ehe er sich für die Erfüllung entscheidet.

5. Der Konkursverwalter darf vom andern Teil

nur Erfüllung verlangen, wenn die Leistung des Gegners zum Vorteil der Konkursmasse bethätigt werden kann. Steht also eine Leistung in Frage, die nur an den Gemeinschuldner oder an dessen Angehörige persönlich erfolgen kann, so findet § 15 K. O. eben so wenig Anwendung, wie in dem umgekehrten Fall, wo der Gemeinschuldner sich zu einer nur von ihm persönlich ausführbaren Leistung verpflichtet hat. Ersterer Anspruch gehört nicht zur Konkursmasse, letzterer kann nicht gegen dieselbe geltend gemacht werden; beide Ansprüche werden also durch das Konkursverfahren überhaupt nicht berührt.

6. Der Konkursverwalter kann, muss aber nicht erfüllen und Erfüllung fordern. Entscheidet er sich für Nichterfüllung, so tritt diese für beide Teile ein; der andere Teil kann in diesem Falle keine Erfüllung beanspruchen. Der Vertrag selbst ist zwar nicht aufgehoben; gleichwohl wirkt diese Entscheidung des Konkursverwalters endgültig, so dass überhaupt nicht zu erfüllen ist. R. G. in Jur. W. S. 181 Nr. 11. Der Konkursverwalter verfügt hiebei über ein zur Konkursmasse gehöriges Rechtsverhältnis, aber nicht so, dass dasselbe dadurch aus dem Konkursverfahren ausscheidet und der freien Verfügung des Gemeinschuldners anheimgestellt wird, vielmehr kann nach Beendigung des Konkurses weder der Dritte noch der Gemeinschuldner Erfüllung verlangen, selbst wenn ersterer den ihm wegen Nichterfüllung zustehenden Anspruch nicht geltend gemacht hat. Diesen selbst aber kann er auch nach der Beendigung des Konkursverfahrens noch geltend machen, wie jede andere nicht erhobene Konkursforderung. Selbstverständlich sind die Vertragsteile nicht gehindert, durch neue Vereinbarung sich zur Erfüllung des Vertrags ausserhalb des Konkursverfahrens zu verpflichten.

7. Bei lange dauernder Ungewissheit darüber, ob er den Vertrag erfüllen muss oder nicht, wäre der Vertragsgegner grossen Nachteilen ausgesetzt. Daher trifft § 15 K. O. Vorsorge.

a) Es ist dem andern Teile die Befugnis eingeräumt, den Konkursverwalter zu einer schleunigen Entscheidung zu zwingen. Er kann denselben zur Ausübung des Wahlrechtes auch dann anhalten, wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist. Der Konkursverwalter muss, wenn der andere Teil ihn zur Erklärung auffordert, der Aufforderung «ohne Verzug» Folge leisten. Die Besonderheit der Umstände im Falle der Konkurseröffnung gestattet nicht, eine Auslegung dieses Ausdrucks im Sinne des Art. 357 H. G. B. vorzunehmen. Die Worte «ohne Verzug» bedeuten, dass der Konkursverwalter sofort die zur Vorbereitung seiner Entscheidung notwendigen Erkundigungen einzuziehen und dann in kürzester Frist die Entscheidung zu treffen und dem Gegner bekannt zu geben hat. Je nach der Natur des Geschäfts und der besonderen Lage der Umstände wird ihm in einzelnen Fällen nichts erübrigen, als sich ohne weiteres zu erklären, selbst wenn er für seine Entscheidung keine genügenden Anhaltspunkte zur Verfügung hat. Die Verhältnisse können es mit sich bringen, dass er trotz des § 121 Ziff. 2 K. O. eine Erklärung abzugeben berechtigt, bezw. verpflichtet ist, auch wenn ein Gläubigerausschuss noch nicht bestellt oder über seine Bestellung noch nicht Beschluss gefasst ist.

Die Aufforderung zur Erklärung ist an keine Form gebunden. Der Beweis der erfolgten Aufforderung obliegt dem Vertragsgegner. Die auf Bethätigung der Aufforderung erwachsenden Kosten hat letzterer selbst zu tragen, weil der Konkursverwalter nicht verpflichtet ist, vor ergangener Aufforderung sich über die Vertragserfüllung zu erklären, also nicht im Verzug ist. Es kann daher aus Art. 358 H. G. B., welcher Verzug des anderen Teiles voraussetzt, nicht gefolgert werden, dass die Aufforderung auf Kosten der Masse durch öffentliche Urkunde festgestellt werden könne.

b) Der Konkursverwalter braucht selbstverständlich eine Aufforderung des Gegners nicht abzuwarten. Er kann auch ohne solche ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen zu erkennen geben, ob er auf Erfüllung

besteht oder nicht. R. G. XXII S. 109. Dann treten natürlich die gleichen Wirkungen ein, wie bei Erklärung auf bethätigte Aufforderung hin.

c) Wenn der Konkursverwalter nach ergangener Aufforderung sich nicht oder nicht rechtzeitig erklärt, so tritt Nichterfüllung des Vertrags in gleicher Weise ein, wie wenn er für die Nichterfüllung sich ausgesprochen hätte. Es ist klar, dass der Konkursverwalter und der Vertragsgegner durch nachträgliche Uebereinkunft in all diesen Fällen sich zur gegenseitigen Erfüllung des Vertrags verpflichten können. Dann bildet die vom Konkursverwalter übernommene Verbindlichkeit eine Masseschuld nach § 52 Ziff. 1 K. O.

d) Ist endlich der Konkursverwalter zu einer Erklärung nicht aufgefordert worden und hat er weder ausdrücklich noch stillschweigend eine solche abgegeben, so hat der Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkursverfahrens dieses Wahlrecht des § 15 K. O. nicht. Denn die Befugnisse des erwähnten § sind nur dem Konkursverwalter als solchem eingeräumt. Nach der Fassung des Gesetzes erscheint bei solcher Sachlage der Vertrag durch die Konkurseröffnung überhaupt nicht berührt; demnach kann beiderseits Erfüllung gefordert werden. Denn in der blossen Unterlassung einer Erklärung ohne Aufforderung darf eine Verfügung des Konkursverwalters im Sinne der Nichterfüllung oder eine derselben gleichzuachtende Versäumnis nicht erblickt werden. (Anders die Auffassung der Motive S. 1392, nach welchen in solchem Falle Nichterfüllung anzunehmen sein soll.)

II. Ausnahmefälle.

1. Das Fixgeschäft.

Das Fixgeschäft ist eine Art des Lieferungsvertrags. Es unterscheidet sich von den übrigen Arten des letzteren dadurch, dass die für Lieferung der Ware festgesetzte Zeit, bezw. Frist genau gekennzeichnet

und zu einem wesentlichen Bestandteile des Vertrags erhoben ist. Den Einfluss der Konkurseröffnung auf das Fixgeschäft regelt § 16 K. O. Diese Regelung weicht von dem in § 15 K. O. aufgestellten Grundsatze erheblich ab.

§ 16 lautet:

> War die Lieferung von Waren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bedungen und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Verfahrens ein, so kann nicht die Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden. Der Betrag dieser Forderung bestimmt sich durch den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und demjenigen Markt- und Börsenpreise, welcher an dem Orte der Erfüllung oder dem für denselben massgebenden Handelsplatze sich für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte ergibt.
>
> Ist ein solcher Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln, so findet die Bestimmung des ersten Absatzes keine Anwendung.

Die Erfüllung von Fixgeschäften über Waren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, ist für die Regel ausgeschlossen.

1) Sehr bestritten ist die Frage, ob § 16 K. O. ausschliesslich eine Ausnahme gegenüber § 15 begründet oder ob er auch für den Fall anwendbar sei, dass der Käufer den Kaufpreis zur Zeit der Konkurseröffnung vollständig bezahlt hat. Die Vertreter der letzteren Ansicht berufen sich zunächst auf die allgemeine Fassung, in welche die Ueberschrift des zweiten Titels der Konkursordnung gekleidet ist, sodann auf den Inhalt des § 16 K. O. selbst, aus dem sich kein Anhaltspunkt für eine Einschränkung auf beiderseits nicht erfüllte Verträge entnehmen lasse; endlich auf die Motive zu

dem gedachten §. Diese haben wortwörtlich den Eingang zu der entsprechenden Bestimmung des Entwurfes einer Deutschen Gemeinschuldordnung aufgenommen, welche den erwähnten Fall mitumfasst. Ausserdem werden Gründe der Zweckmässigkeit und Billigkeit zu Gunsten einer solchen Ausdehnung geltend gemacht. Die Lieferung der Ware an den Konkursverwalter werde in der Regel eine Last bilden, falls das Geschäft nicht weiter betrieben werde; die gegenseitigen Ansprüche würden oft erst in einem späten Zeitpunkte festgestellt werden können (z. B. bei spätem Lieferungstermin), was eine wesentliche Verzögerung des Verfahrens zur Folge hätte. Allein alle diese Gründe sind nicht ausschlaggebend.

Es muss daran festgehalten werden, dass § 15 K. O. eine allgemeine Regel aufstellt und dass die folgenden §§ 16—20 K. O. Ausnahmen hievon begründen. Auf Verhältnisse, welche § 15 K. O. nicht berührt, dürfen sie nur dann bezogen werden, wenn die Zulässigkeit einer solchen Ausdehnung aus ihrem Inhalt selbst klar hervorgeht. Dies ist zwar bei § 20 K. O. der Fall, nicht aber bei den §§ 16—19. Demgemäss ist als Wille des Gesetzes anzunehmen, dass § 16 K. O. sich nur auf zweiseitige von keinem Teile vollständig erfüllte Verträge bezieht.

2. Der Begriff «Ware» bedeutet hier dasselbe, wie im Handelsrecht. Man versteht darunter jede bewegliche Sache, welche überhaupt Gegenstand des Kaufs sein kann, also auch Wertpapiere. § 16 K. O. findet nur Anwendung auf solche Waren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben. Von einem solchen kann nur gesprochen werden, wenn die zu liefernden Waren bloss der Gattung nach bestimmt, also vertretbar sind, nicht aber dann, wenn es sich um eine individuell bestimmte Sache handelt. Demnach ist die Anwendung des § 16 K. O. auch dann ausgeschlossen, wenn eine im allgemeinen vertretbare Ware im einzelnen Fall so genau gekennzeichnet ist, dass sie die Eigenschaft der Vertretbarkeit verliert, so z. B. wenn Getreide aus

einem bestimmten Vorrat geliefert werden soll. (Anders Sarwey S. 154; Mandry, civ. rechtl. Inh. d. Reichsges. S. 370.)

Die Frage, ob und wann eine Ware einen Markt- oder Börsenpreis habe, ist nach Handelsrecht zu beurteilen. Hienach genügt, um von einem solchen Preise an einem bestimmten Orte sprechen zu können, wenn über die betreffende Warengattung an jenem Orte so viele Geschäfte geschlossen worden sind, dass sich daraus ein Durchschnittspreis berechnen lässt; hiezu ist immerhin der Abschluss einer grösseren Zahl von Geschäften erforderlich.

3. Die Worte «genau zu einer festbestimmten Zeit, bezw. festbestimmten Frist», welche das Merkmal des Fixgeschäftes kennzeichnen, schliessen sich wörtlich an Art. 357 H. G. B. an und sind eben so auszulegen, wie dort. Nach dem Parteiwillen muss die Erfüllungszeit eine wesentliche Eigenschaft des Geschäftes selbst bilden. Selbstverständlich ist gleichgültig, in welcher Form dieser Parteiwille zum Ausdruck gebracht worden ist; er muss nur mit Bestimmtheit ermittelt werden können.

4. § 16 K. O. findet nur dann Anwendung, wenn der Zeitpunkt, an oder bis zu welchem zu liefern war, nach der Zeit der Konkurseröffnung fällt. Fallen der Tag der Konkurseröffnung und der Lieferungstag, bezw. der letzte Tag der Lieferungsfrist zusammen, so ist an sich der Zeitpunkt der Konkurseröffnung der frühere, weil der Verpflichtete bis zum Ablauf dieses Tages Zeit hat, die Verbindlichkeit zu erfüllen. Ausnahmsweise kann auch eine bestimmte Stunde für die Lieferung festgesetzt sein, die vor oder auf die Stunde der Konkurseröffnung fällt. Der Konkurs gilt als um die Mittagsstunde des in Frage stehenden Tages eröffnet, wenn der Richter nicht eine andere Stunde auf dem Eröffnungsbeschluss benannt hat. (§ 100 K. O.)

Fällt der Zeitpunkt, an oder bis zu welchem zu liefern ist, auf den Tag der Konkurseröffnung oder auf den ersten Werktag nachher, so ist § 16 K. O. nicht anwendbar, obwohl die Voraussetzungen desselben

in Abs. 1 gegeben sind. Denn nach Abs. 2 muss der massgebende Markt- bezw. Börsenpreis der Ware aus den am zweiten Werktag nach der Konkurseröffnung geschlossenen Geschäften ermittelt werden, für welche der Zeitpunkt, an oder bis zu welchem die Lieferung der Ware zu erfolgen hat, der gleiche ist, wie für das durch die Konkurseröffnung betroffene Geschäft. In diesen beiden Fällen ist aber der fragliche Zeitpunkt schon abgelaufen, und die Erfüllungszeit der Geschäfte fällt nur in die Zukunft, nie in die Vergangenheit, vom Tage des Abschlusses aus gerechnet.

Fällt der für die Lieferungspflicht massgebende Zeitpunkt vor die Zeit der Konkurseröffnung, so findet nicht § 16 K. O. Anwendung, sondern die sonst geltenden Grundsätze, also insbesondere die Regel des § 15 K. O. und Art. 354, 355 mit 357 H. G. B.

Hienach kommen folgende Befugnisse des Verwalters, bezw. des Vertragsgegners in Betracht:

a) Wenn der Gemeinschuldner Verkäufer und der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug ist, kann der Konkursverwalter alle dem Gemeinschuldner nach Art. 354, 357 Abs. 1 und 2 zustehenden Rechte ausüben. Er kann

α) Erfüllung fordern und Schadensersatz;

β) statt Erfüllung zu verlangen, für Rechnung des Käufers verkaufen und Schadensersatz fordern;

γ) vom Vertrage abgehen.

b) Ist der Gemeinschuldner Käufer, und befindet sich der Verkäufer in Verzug, so ist der Konkursverwalter gemäss Art. 355, 357 Abs. 1 und 2 berechtigt

α) Erfüllung nebst Schadensersatz oder

β) Schadensersatz zu fordern oder

γ) vom Vertrage abzugehen.

Daneben besteht das Wahlrecht des § 15 K. O. fort; es wird durch die Befugnisse, welche der Gemeinschuldner und nach der Konkurseröffnung an dessen Stelle der Konkursverwalter nach den vorerwähnten Bestimmungen des Handelsgesetzbuches hat, nicht beseitigt, sofern der Anspruch auf Erfüllung nicht durch

Versäumnis nach Art. 357 Abs. 1 hinfällig geworden ist. Ist letzteres der Fall, hatte also der Gemeinschuldner im Augenblicke der Konkurseröffnung das Recht auf Erfüllung des Vertrags durch Versäumnis verwirkt, so steht selbstverständlich dem Konkursverwalter, der nur die Rechtslage des Gemeinschuldners geltend machen kann, auch kein Recht auf Erfüllung zu.

Entscheidet sich der Konkursverwalter für Abgehen vom Vertrage und tritt demnach Nichterfüllung ein, so beantworten sich die Folgen der Nichterfüllung nicht nach Konkursrecht, sondern nach Handelsrecht, da der Konkursverwalter diese Befugnis nicht auf Grund des § 15 K. O., sondern gemäss der Bestimmungen des Handelsrechts ausgeübt hat. Nach diesem ist jeder Ersatzanspruch ausgeschlossen.

Wählt er Erfüllung und Schadensersatz, so kommt, soweit Erfüllung gefordert wird, neben dem Handelsrecht zugleich § 15 K. O. in Betracht; denn letzterer ist überhaupt nur anwendbar, wenn nach sonstigem Recht Anspruch auf Erfüllung besteht. Die Frage, in welcher Weise die Gegenleistung aus der Konkursmasse zu bethätigen ist, muss ebenso beantwortet werden, wie in allen anderen Fällen, in welchen er Erfüllung fordert.

c) Ist der Gemeinschuldner als Käufer in Verzug, so kann der Vertragsgegner von der ihm durch das Handelsgesetzbuch gewährten Befugnis, die Erfüllung und Schadensersatz zu verlangen, keinen Gebrauch machen Einen solchen Anspruch kann nämlich der Konkursverwalter, dem das Wahlrecht des § 15 K. O. zusteht, durch die Entscheidung für Nichterfüllung beseitigen.

d) Ist der Gemeinschuldner als Verkäufer in Verzug, so gilt dasselbe.

Andererseits kann der Konkursverwalter in diesen beiden Fällen gegen den Willen des Vertragsgegners auch von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch machen, weil der Gemeinschuldner das Recht auf Erfüllung verloren hat.

Der Vertragsgegner kann im ersten Falle für Rechnung des Gemeinschuldners verkaufen und Schadensersatz fordern, oder vom Vertrag abgehen; im zweiten Schadensersatz verlangen oder vom Vertrag abgehen. Geht er vom Vertrag ab, so kann er gemäss der massgebenden Bestimmungen des Handelsrechts keinen Ersatzanspruch erheben.

War vereinbart, dass die Ware nach der Konkurseröffnung zu liefern sei, so findet § 16 K. O. dann keine Anwendung, wenn diese vorher geliefert und angenommen worden ist; denn das Geschäft hat dadurch die Natur des Fixgeschäftes verloren; die Beteiligten sind kraft nachträglicher Vereinbarung von dem ursprünglichen Vertrage hinsichtlich der Lieferungszeit abgegangen.

5. Die Anwendung des § 16 K. O. ist endlich auch dann ausgeschlossen, wenn im allgemeinen die Ware zwar einen Marktpreis hat, im einzelnen Falle aber sich ein Marktpreis im Sinne des § 16 Abs. 2 nicht ermitteln lässt. Die Ermittelung eines solchen ist ausgeschlossen, wenn an dem Erfüllungsort oder an dem dafür massgebenden Handelsplatz überhaupt keine Geschäfte in der fraglichen Warengattung geschlossen werden oder am zweiten Werktage nach der Konkurseröffnung geschlossen wurden; ferner, wenn solche zwar abgeschlossen wurden, aber deren Erfüllungszeit mit der in Betracht kommenden sich nicht deckt. Sind aber Geschäfte abgeschlossen worden, aus welchen der massgebliche Marktpreis ermittelt werden kann, so ist es gleichgültig, in welcher Weise letzterer festgestellt wird, wenn nur durch die Feststellung ein sicheres Ergebnis ermittelt werden kann.

Ist ein Marktpreis nicht zu ermitteln, so finden auf den Vertrag die allgemeinen Grundsätze, insbesondere § 15 K. O. Anwendung.

a) Befindet sich im Augenblicke der Konkurseröffnung ein Teil in Verzug, so gilt das unter Ziffer 4a bis d Gesagte.

b) Ist zur Zeit der Konkurseröffnung kein Teil

in Verzug, so steht nur das Wahlrecht des Konkursverwalters in Frage (§ 15 K. O.).

Verzug im Sinne des Handelsrechts kann nach der Konkurseröffnung nicht mehr eintreten; durch § 15 K. O. wird die Erfüllungspflicht bis zur Ausübung des Wahlrechtes durch den Konkursverwalter in Schwebe gebracht; infolgedessen kommen auch die handelsrechtlichen Bestimmungen über Verzug nicht mehr zur Anwendung.

6. Findet § 16 K. O. Anwendung, so tritt Nichterfüllung schlechthin ein. Art. 357 H. G. B. (Wahl des Abgehens vom Vertrage) ist ausgeschlossen, sowohl nach dem Wortlaute des § 16 Abs. 1 K. O. a. E., als auch aus dem Gesichtspunkte, dass von einem Verzug hier nicht die Rede sein kann, Art. 357 aber einen solchen voraussetzt.

2. *Die Miete.*

a) Allgemeines.

Unter den Begriff der Miete fallen die Sachenmiete (locatio conductio rei), die Dienstmiete (locatio conductio operarum) und die Werkverdingung (locatio conductio operis).

Die Konkursordnung enthält ausdrückliche Bestimmungen über den Einfluss der Konkurseröffnung auf die Erfullung der bezüglichen Vertragsverhältnisse nur hinsichtlich der Sachen- und Dienstmiete. Die Werkverdingung ist daher nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, und soweit nicht § 20 K. O. in Betracht kommt, findet insbesondere die Regel des § 15 Anwendung.

Die Sondervorschriften der K. O. über die Sachen- und Dienstmiete in §§ 17—19 K. O. erscheinen als Ausnahmebestimmungen gegenüber der Regel des § 15; sie finden ebenfalls nur auf zweiseitige, von keinem Teile vollständig erfüllte Verträge Anwendung. Die diesbezüglichen Erörterungen zu § 16 K. O. gelten im allgemeinen auch hier.

b) Die Sachenmiete.

Hierunter versteht man die Ueberlassung einer Sache an einen andern zur Benützung gegen Entgelt.

Von der Sachenmiete handeln §§ 17 und 18 K. O.

§ 17 lautet:

> Auf Pacht- und Mietverträge über Sachen übt, wenn deren Uebergabe schon erfolgt ist, die Eröffnung des Verfahrens folgende Wirkungen aus:
>
> 1. Hatte der Gemeinschuldner gepachtet oder gemietet, so kann sowohl der andere Teil, als der Verwalter den Vertrag aufkündigen. Die Frist oder Zeit für die Aufkündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche oder ortsübliche.
>
> 2. Hatte der Gemeinschuldner verpachtet oder vermietet, so wirkt eine freiwillige Veräusserung der Sache durch den Konkursverwalter auf die Zulässigkeit der Kündigung, sowie auf die Dauer des Vertrags wie eine Zwangsversteigerung.

§ 18 lautet:

> Wenn der Gemeinschuldner gepachtet oder gemietet hatte und die Uebergabe der Sache zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht erfolgt ist, so kann der andere Teil von dem Vertrage abgehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Die §§ 17, 18 sprechen von Miet- und Pachtverträgen über Sachen: sie beziehen sich also auf alle Arten der Sachenmiete, ohne Unterschied, ob es sich um bewegliche oder unbewegliche Sachen handelt. Ferner ist nicht unterschieden, ob körperliche oder unkörperliche Sachen, d. h. Rechte Gegenstand der Miete sind.

Die beiden §§ stellen nämlich die Sachenmiete nur in Gegensatz zu der in § 19 K.-O. behandelten Dienstmiete, nicht aber in Gegensatz zu der Miete von Rechten: es ist auch kein Grund denkbar, warum die vermietbaren Rechte, z. B. der Niessbrauch, eine

andere Behandlung erfahren sollten, wie die Sachen im engeren Sinn. Zudem kann weder aus dem Wortlaute, noch aus der Entstehungsgeschichte der beiden §§ eine Folgerung des Inhalts entnommen werden, dass der Begriff «Sache» hier im engeren Sinne gemeint sei.

Die Konkursordnung trifft besondere Bestimmungen, je nachdem Uebergabe der gemieteten Sache schon erfolgt ist oder nicht. Von ersterem Falle handelt § 17, von letzterem § 18. § 17 regelt das Verhältnis erschöpfend, § 18 nur teilweise.

Unter Uebergabe des Mietgegenstandes versteht man die Einweisung des Mieters in den Besitz der gemieteten Sache; die mit dem Willen des Vermieters erfolgte Inbesitznahme der Sache durch den Mieter ist der Uebergabe gleich zu achten.

Eine besondere Prüfung erfordert die Frage, wie es dann steht, wenn der Gegenstand des Mietvertrags aus mehreren einzelnen Bestandteilen gebildet ist, welche zum Teil übergeben sind, zum Teil noch nicht. Gilt dann der ganze Gegenstand als übergeben, gilt der Gegenstand überhaupt nicht als übergeben oder greifen hinsichtlich der übergebenen Teile die Bestimmungen des § 17, hinsichtlich der nicht übergebenen die des § 18 Platz?

Zunächst ist davon auszugehen, dass der einheitliche Vertrag eine einheitliche Behandlung erfordert. Teilleistungen in Bezug auf den Mietgegenstand können nur dann als selbständige Leistungen behandelt werden, wenn nach dem ausdrücklichen Vertragswillen einzelne Leistungen für sich unabhängig von den übrigen bethätigt werden können. Bei dieser Sachlage sind die übergebenen Bestandteile nach § 17, die nicht übergebenen nach § 18 K. O. zu beurteilen.

Abgesehen hievon muss der ganze Mietgegenstand entweder als übergeben oder als nicht übergeben behandelt werden. Ob das eine oder das andere zu geschehen hat, hängt davon ab, ob der nach dem Vertragsinhalt wesentliche Teil des Mietgegenstandes übergeben ist und der Vermieter sich nur mit der

Uebergabe von Nebensachen im Rückstande befindet, oder ob der wesentliche Teil überhaupt noch nicht oder wenigstens nicht vollständig übergeben ist. Im ersteren Falle findet § 17, im letzteren § 18 Anwendung. Sind z. B. bei Verpachtung eines landwirtschaftlichen Gutes die Gebäulichkeiten und nur ein Teil der dazu gehörigen Grundstücke übergeben, so ist ein wesentlicher Bestandteil des Pachtgegenstandes nicht übergeben, es kommt daher nicht § 17, sondern § 18 zur Anwendung.

Die Uebergabe der Mietsache kann schon vor der Konkurseröffnung erfolgt sein, obwohl sie vertragsgemäss erst nachher zu bethätigen war. Bei solcher Sachlage muss unterschieden werden, ob diese vorzeitige Uebergabe des Mietgegenstandes als mietweise Ueberlassung aufzufassen ist oder nicht. Im ersteren Fall findet § 17, im letzteren § 18 Anwendung. Als mietweise Ueberlassung hat die vorzeitige Uebergabe der Sache zu gelten, wenn eine besondere Vergütung für diese Gebrauchsgewährung zu entrichten ist; ferner dann, wenn die Vergütung für die Benützung der Sache in den für den späteren Zeitraum vereinbarten Mietzins als stillschweigend aufgenommen erscheint, dieser also mit Rücksicht auf die zugelassene frühere Benützung in höherem Betrage zu entrichten ist, als es sonst der Fall wäre.

Im Zweifel ist stets mietweise Ueberlassung bei vorzeitiger Uebergabe der Sache anzunehmen. — Wird für die frühere Ueberlassung kein Entgelt entrichtet, so ist die Sache nicht zum Zwecke der Miete, sondern zum Zwecke der Leihe übergeben; eine Uebergabe im Sinne des § 17 liegt dann nicht vor.

Die Konkursordnung begründet einen Unterschied nicht nur mit Rücksicht darauf, ob die Uebergabe der vermieteten Sache bereits erfolgt ist oder nicht, sondern führt eine verschiedene Behandlung der Mietverträge auch nach dem Gesichtspunkt durch, ob der Gemeinschuldner Mieter oder Vermieter ist.

I. Der Gemeinschuldner ist Mieter.

1. Die Uebergabe der Mietsache ist zur Zeit der Konkurseröffnung bereits erfolgt.

Die Befugnisse des Konkursverwalters sind gegenüber der in § 15 K. O. aufgestellten Regel beschränkt, die des Vertragsgegners erweitert.

a) Der Konkursverwalter kann ohne Zustimmung des andern Teiles sich weder für die Erfüllung des Vertrags, noch für die sofortige Aufhebung des Mietverhältnisses aussprechen.

Er ist nur berechtigt, das Mietverhältnis durch Aufkündigung zu beenden. Andererseits ist auch dem Vertragsgegner das Kündigungsrecht eingeräumt worden. Macht ein Teil von diesem Rechte Gebrauch, so kann der andere Teil über die durch Kündigung festgelegte Zeit hinaus Fortsetzung des Verhältnisses nicht fordern.

b) Kein Teil ist zur Aufkündigung des Mietverhältnisses verpflichtet. Unterbleibt die Kündigung, so muss der Vertrag vollständig erfüllt werden.

c) Entscheidet ein Teil sich für Kündigung des Vertragsverhältnisses, so kann in Betracht kommen:

α) eine blosse Kündigungszeit. Man versteht darunter einen Zeitpunkt innerhalb eines bestimmten Zeitraums, an welchem durch die Erklärung eines Beteiligten, das Mietverhältnis nicht weiter fortsetzen zu wollen, eine sofortige Lösung desselben herbeigeführt werden kann; z. B. die Vertragsteile haben vereinbart, dass der Pachtvertrag an Lichtmess jeden Jahres durch einseitige Erklärung mit sofortiger Wirkung gelöst werden könne;

β) eine blosse Kündigungsfrist, d. h. ein kleinerer Zeitraum innerhalb des durch den Mietvertrag festgesetzten Zeitraums; z. B. der Pachtvertrag ist an eine jährliche Kündigungsfrist gebunden: dann muss das Verhältnis, das an jedem Tage aufgekündigt werden kann, vom Kündigungstage ab ein volles Jahr fortgesetzt werden;

γ) regelmässig bestehen Kündigungszeit und Kündigungsfrist nebeneinander; z. B. ein Pachtvertrag ist jährlich an Michaeli aufkündbar; in diesem Falle kann nur an Michaeli mit Wirkung für Michaeli des nächsten Jahres die Kündigung bethätigt werden. Eine Kündigung vor Michaeli ist natürlich nicht ausgeschlossen, führt aber nicht früher zur Lösung des Pachtverhältnisses.

d) Die Kündigungszeiten, bezw. Kündigungsfristen können gesetzliche, bezw. ortsübliche oder vertragsmässige sein. Die Frage, ob gesetzliche, bezw. ortsübliche Kündigungszeiten, bezw. -Fristen bestehen, ist im einzelnen Falle nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen haben die vertragsmässigen den Vorrang, wenn das Gesetz nicht das Gegenteil bestimmt. Die hier in Betracht kommenden Bestimmungen der Konkursordnung sind eigenartige. Es sind folgende Fälle zu unterscheiden:

α) wenn eine gesetzliche oder ortsübliche Kündigungszeit oder -Frist besteht, so ist diese massgebend, falls der Vertrag über Kündigung nichts bestimmt oder eine solche ausschliesst;

β) das gleiche gilt, wenn eine gesetzliche oder ortsübliche Kündigungszeit, bezw. -Frist besteht, der Vertrag aber Bestimmungen über die Kündigung enthält, bei deren Anwendung das Verhältnis nicht früher gelöst werden könnte als bei Anwendung ersterer;

γ) die Bestimmungen des Vertrags sind massgebend, wenn nach diesen das Vertragsverhältnis früher gelöst werden kann;

δ) besteht keine gesetzliche oder ortsübliche Kündigungszeit oder -Frist, wohl aber eine vertragsmässige, dann ist diese einzuhalten. Denn das bereits begonnene Mietverhältnis kann zwar im Falle der Konkurseröffnung vor Ablauf der vertragsmässigen Zeit beendigt, die vertragsmässige Dauer des Verhältnisses also beseitigt werden; aber nach der Absicht des Gesetzes soll die Lösung nicht ohne weiteres vor sich gehen können; es wird vielmehr eine Aufkündigung des Verhältnisses gefordert. Hiebei sollen die Beteiligten an eine etwa

bestehende gesetzliche oder vertragsmässige Kündigungszeit, bezw. -Frist gebunden sein; sie sollen das Verhältnis noch früher beenden können, wenn der Vertrag eine schnellere Lösung desselben ermöglicht. Ist eine gesetzliche oder ortsübliche Kündigungszeit oder -Frist nicht vorhanden, dann muss eben die vertragsmässige, falls eine solche besteht, ohne weiteres massgebend sein (Anders die herrschende Lehre, vgl. Sarwey S. 164);

ε) ist überhaupt keine Kündigungszeit oder -Frist festgesetzt, so ist nach dem soeben dargelegten Willen des Gesetzes eine sofortige Lösung des Verhältnisses ebenfalls ausgeschlossen. Es muss gekündigt werden. Der Kündigende muss eine den Umständen angemessene Kündigungsfrist einhalten. Wird die Angemessenheit der Kündigungsfrist vom andern Teile bestritten, so entscheidet hierüber das zuständige Prozessgericht.

Dieses Kündigungsrecht besteht sogar gegenüber der Vertragsbestimmung, dass eine vorzeitige Lösung des Verhältnisses nicht zulässig sein solle.

e) Die Kündigung braucht nicht bei der ersten zulässigen Gelegenheit bethätigt werden, sondern kann während der ganzen Dauer des Konkursverfahrens erfolgen, wenn nur die in Betracht kommende Kündigungsfrist oder -Zeit dabei gewahrt wird. Ist der letzte zulässige Kündigungszeitpunkt vorübergegangen, ohne dass von einer Seite gekündigt wurde, so kann selbstverständlich unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist nicht gekündigt werden, weil dies nur dann zulässig ist, wenn überhaupt keine Bestimmungen über die Kündigung getroffen sind.

Die Bestimmungen der Konkursordnung finden auch Anwendung auf fiskalische Pachtungen des Gemeinschuldners. Das gemeinrechtliche Privileg des Fiskus, wonach solche Pachtungen sofort mit der Konkurseröffnung gelöst sind, ist durch § 17 Abs. 1 K. O. aufgehoben worden.

2. *Die Mietsache ist zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht übergeben.*

Für diesen Fall ist dem Vermieter ein Rücktrittsrecht eingeräumt. Er kann von dem Vertrage abgehen, wie wenn derselbe überhaupt nicht geschlossen worden wäre § 18 K. O.

a) Nach Aufforderung durch den Konkursverwalter muss der Vertragsgegner über den etwaigen Rücktritt sich sofort erklären. Das Gesetz sagt «ohne Verzug». Die Bedeutung dieses Ausdrucks ist die nämliche, wie in § 15 Abs. 2 K. O. Hierüber ist das Nähere bereits erörtert.

b) Versäumt er, seinen Rücktritt rechtzeitig zu erklären, oder gibt er überhaupt keine Erklärung ab, oder erklärt er, dass er von dem Rücktrittsrechte keinen Gebrauch machen wolle, dann tritt das Wahlrecht des Verwalters gemäss § 15 K. O. ein.

α) Wählt er die Erfüllung, so muss beiderseits vollständig erfüllt werden; ein Kündigungsrecht wie im Falle des § 17 Z. 1 K. O. gibt es nicht.

β) Entscheidet er sich für die Nichterfüllung, so tritt diese Wirkung sofort ein. Der Konkursverwalter ist an die Einhaltung einer Kündigungszeit oder -Frist nicht gebunden. Mit beiderseitigem Einverständnis kann selbstverständlich das Verhältnis noch einige Zeit fortgesetzt werden, anstatt dass sofortige Lösung herbeigeführt wird. Ohne Zustimmung des Dritten zu zeitweiser Fortsetzung des Verhältnisses bleibt dem Konkursverwalter nur die Wahl zwischen sofortiger Lösung desselben und vollständiger Erfüllung des Mietvertrags.

c) Der Konkursverwalter braucht eine Aufforderung gemäss § 18 Abs. 2 K. O. an den andern Teil nicht zu richten.

α) Er kann sofort für die Nichterfüllung sich entscheiden.

Darauf kann der andere Teil erklären, dass er von dem Vertrage abgehe.

Dies wird er aber kaum thun, sondern weil es für ihn vorteilhafter ist, keine Erklärung abgeben oder erklären, dass er mit der Entscheidung des Konkursverwalters einverstanden sei; dann treten die Folgen der durch den Konkursverwalter herbeigeführten Nichterfüllung ein. Aber eben aus diesem Grunde wird der Konkursverwalter erst die in Frage stehende Aufforderung an den Vertragsgegner richten.

β) Der Konkursverwalter kann sich auch sofort dahin aussprechen, dass er die Erfüllung verlange.

Dann kann der andere Teil erklären, dass er von dem Vertrage zurücktrete.

Diese Erklärung wird er nur abgeben, wenn ihm der Rücktritt vorteilhafter erscheint, z. B. er erhält von dritter Seite ein besseres Angebot, oder es würde voraussichtlich der Mietpreis nur teilweise gedeckt werden können.

d) Der Vertragsgegner ist so lange zur Ausübung des Rücktrittsrechts befugt, als er nicht ausdrücklich oder stillschweigend auf dasselbe verzichtet oder nach ergangener Aufforderung des Konkursverwalters eine rechtzeitige Erklärung versäumt hat. Ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht ist insbesondere dann anzunehmen, wenn er gemäss § 15 Abs. 2 K. O. den Konkursverwalter zur Erklärung darüber auffordert, ob er auf Erfüllung bestehe. Im übrigen würde bei nicht rechtzeitiger Erklärung des Konkursverwalters daraufhin § 15 Abs. 2 a. E. in Wirksamkeit treten, d. h. er würde das Recht auf Erfüllung des Vertrages verlieren; es käme nur noch die Nichterfüllung in Betracht.

II. Der Gemeinschuldner ist Vermieter.

1. Die Mietsache ist zur Zeit der Konkurseröffnung bereits übergeben.

Die Konkurseröffnung äussert in diesem Falle auf den Fortbestand des Mietverhältnisses im allgemeinen keinen Einfluss. Beide Teile bleiben an den Vertrag

und an die bestehenden Kündigungszeiten, bezw. -Fristen gebunden. Denn § 17 K. O., der das Mietverhältnis für den Fall der erfolgten Uebergabe der Mietsache in erschöpfender Weise regelt, bestimmt in dem hier massgebenden Absatz 2 nur für den Fall der durch die Zwecke des Konkursverfahrens bedingten Veräusserung der Mietsache durch den Konkursverwalter, dass diese unter Umständen auf den Fortbestand des Vertragsverhältnisses einen Einfluss äussern könne. Hieraus ergibt sich von selbst, dass, hievon abgesehen, das Verhältnis ebenso fortdauert, wie wenn ein Konkursverfahren überhaupt nicht anhängig geworden wäre. Allerdings tritt an Stelle des Gemeinschuldners als Leistungspflichtiger der Konkursverwalter. Dieser hat aber genau so zu erfüllen, wie der Gemeinschuldner.

Was nun die Veräusserung der Mietsache durch den Konkursverwalter betrifft, so übt sie auf die Erfüllung des Mietverhältnisses die gleiche Wirkung, wie eine etwaige Zwangsversteigerung. Würde eine solche Einfluss dahin äussern, dass abweichend von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine frühere Lösung des Vertragsverhältnisses einzutreten hätte, so ist dies auch bei einer Veräusserung der Sache durch den Konkursverwalter der Fall.

Diese eben angeführte Bestimmung des § 17 Abs. 2 K. O. hat nur ein beschränktes Anwendungsgebiet. Sie ist ohne Bedeutung da, wo die freiwillige Veräusserung der Sache auf den Fortbestand, bezw. die Endigung des Mietverhältnisses die gleichen Wirkungen äussert, wie die Zwangsversteigerung.

a) In denjenigen Rechtsgebieten, in welchen, wie im gemeinen Recht, der Grundsatz gilt «Kauf bricht Miete», kann der neue Erwerber auch bei freiwilliger Veräusserung der Mietsache durch den bisherigen Eigentümer den Mieter zur sofortigen Räumung derselben zwingen.

b) Die Vorschrift der Konkursordnung ist auch da nicht anwendbar, wo die Zwangsversteigerung auf das Mietverhältnis keine Wirkungen äussert, also eine

Aufhebung oder Aufkündigung desselben nicht zur Folge hat, sondern eine Kündigung durch den neuen Erwerber nur möglich ist, wenn solche auch bei freiwilliger Veräusserung verstattet ist.

c) Die Vorschrift findet Anwendung nur in jenen Rechtsgebieten, in welchen

α) die freiwillige Veräusserung das Mietverhältnis nicht berührt, für die Zwangsversteigerung aber davon abweichende Vorschriften bestehen;

β) das Gesetz für die freiwillige Veräusserung zwar ein Kündigungsrecht einräumt, aber für die Zwangsversteigerung besondere Kündigungsfristen aufstellt; diese sind naturgemäss der Lösung des Verhältnisses günstiger;

γ) für die freiwillige Veräusserung Kündigungsfristen bestehen, für die Zwangsversteigerung aber sofortige Aufhebung des Mietverhältnisses zugelassen ist.

2. Die Mietsache ist zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht übergeben.

§ 18 K. O. regelt das Mietverhältnis nur für den Fall, dass der Gemeinschuldner der Mieter ist. Hieraus ergibt sich, dass auf das Vertragsverhältnis, in welchem der Gemeinschuldner als Vermieter erscheint, die Regel des § 15 K. O. über den Einfluss der Konkurseröffnung auf die Erfüllung zweiseitiger Verträge anzuwenden ist. Darnach hat der Konkursverwalter das Wahlrecht.

a) Erklärt er, in das Mietverhältnis eintreten zu wollen, so müssen beide Teile den Vertrag vollständig erfüllen, wie wenn der Konkurs nicht eröffnet worden wäre. Eine Kündigung ist daher nur zulässig, wenn sie auch ausserhalb des Konkursverfahrens zulässig gewesen wäre. Die Veräusserung der Mietsache hat die gleiche Wirkung, wie wenn sie durch den Gemeinschuldner selbst erfolgt wäre.

§ 17 Abs. 2 K. O. ist selbstverständlich nicht anwendbar.

b) Für die Nichterfüllung wird der Konkursverwalter sich nur ausnahmsweise entscheiden, nämlich dann,

wenn auf diese Weise die Veräusserung der Sache erleichtert wird, oder die Beitreibbarkeit der Miete vom Mieter ungewiss ist.

c. Die Dienstmiete.

Die Dienstmiete bezweckt die Verwertung der persönlichen Arbeitskraft zu Gunsten Dritter gegen Entgelt. Besondere Bestimmungen über die Dienstmiete finden sich nur in § 19 K. O.

Er lautet:

> Ein in dem Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältnis kann von jedem Teile aufgekündigt werden. Die Frist und Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche oder ortsübliche und in Ermangelung einer solchen von dem Konkursgerichte auf Antrag des Kündigenden festzusetzen.

Auch bei der Dienstmiete ist eine Verschiedenheit begründet, je nachdem der Gemeinschuldner Mieter oder Vermieter ist.

I. Der Gemeinschuldner ist Mieter.

§ 19 K. O. enthält Bestimmungen nur über die Dienstmiete, welche als Dienstverhältnis erscheint. Diese ist ein auf gewisse Dauer berechnetes Mietverhältnis, welche die Erwerbsthätigkeit des Vergütungsberechtigten ganz oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. Das Dienstverhältnis ist in § 19 nicht in vollem Umfange geordnet; er bezieht sich nicht auf alle, sondern nur auf bestimmte Dienstverhältnisse und auf diese bloss dann, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung angetreten sind.

1. Das Dienstverhältnis ist angetreten.

a) § 19 K. O. findet nur Anwendung auf Dienstverhältnisse, welche im Haushalte, Wirtschaftsbetriebe

oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetreten sind. Gehört ein Dienstverhältnis nicht in eine dieser drei Gruppen, so kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Es ist dann zu unterscheiden, ob die in Frage kommenden Dienste für die Konkursmasse verwertbar sind oder nicht. Im ersteren Falle tritt die Regel des § 15 K. O. in Wirksamkeit; letzterenfalls wird das Dienstverhältnis durch die Konkurseröffnung überhaupt nicht berührt.

Handelt es sich um ein Dienstverhältnis, welches unter eine der drei vorbezeichneten Gruppen fällt — dies ist durch Prüfung im einzelnen Falle zu ermitteln —, so findet § 19 K. O. Anwendung, ohne Unterschied, ob die zu leistenden Dienste für die Konkursmasse verwertet werden können oder an die Person des Gemeinschuldners oder seiner Angehörigen in der Art geknüpft sind, dass sie ihrer Natur nach nur an diese zu leisten sind. Dafür, dass auch die letztgenannten Verhältnisse von § 19 umfasst werden, spricht zunächst dessen Wortlaut selbst. Es lässt sich daraus nicht entnehmen, dass z. B. gewisse im Haushalte des Gemeinschuldners angetretene Dienstverhältnisse ausgeschlossen sein sollten. Auch die Entstehungsgeschichte des betreffenden § (Wilmowski S. 104) unterstützt die hier vertretene Ansicht. Der Anspruch auf derartige Dienste ist zwar nicht Bestandteil der Konkursmasse, trotzdem ist der Dienstleistende gegen eine sofortige Lösung des Dienstverhältnisses, bezw. gegen etwaige Verweisung mit seinen Ansprüchen an den Gemeinschuldner selbst durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift geschützt. Der Konkursverwalter ist für verpflichtet erklärt, die Gegenleistung eine gewisse Zeit für das in Betracht kommende Dienstverhältnis auch dann fortzusetzen, wenn die Dienste für die Konkursmasse nicht verwertbar sind (Anders Sarwey S. 172 u. a.)

Ob die Dienste eine rein körperliche Kraftanwendung oder eine besondere Sachkenntnis, Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung erfordern, ist gleichgiltig.

Unter § 19 K. O. fallen demnach beispielsweise

folgende Dienstverhältnisse: Die Thätigkeit der Amme, des Erziehers der Kinder, der Dienstboten; der Gärtner; der Handlungsgehilfen, Fabrikarbeiter etc.

Durch § 19 werden nicht berührt, z. B. die Dienste des Arztes, des Krankenpflegers etc.; denn diese fallen nicht unter die oben bezeichneten Gruppen.

b) Bei den durch § 19 K. O. betroffenen Dienstverhältnissen ist Aufkündigung erforderlich. Das Recht der Kündigung steht sowohl dem Vertragsgegner, als dem Konkursverwalter zu.

Für die Kündigung gelten folgende von der in § 17 Ziff. 1 K. O. vorgenommenen Regelung zum Teil abweichende Bestimmungen:

α) zunächst ist die etwa bestehende gesetzliche oder ortsübliche Kündigungszeit oder -Frist einzuhalten;

β) kann auf Grund vertragsmässiger Bestimmung eine frühere Lösung des Verhältnisses bewirkt werden, so ist der Vertrag massgebend;

γ) das gleiche gilt, wenn zwar eine gesetzliche oder ortsübliche Kündigungszeit- oder Frist nicht besteht, der Vertrag aber eine Aufkündigung ermöglicht: doch kann in diesem Falle die Einhaltung der vertragsmässigen Bestimmungen dadurch umgangen werden, dass ein Teil Antrag auf richterliche Festsetzung einer Kündigungszeit oder -Frist stellt;

δ) ist auch keine vertragsmässige Bestimmung über die Kündigung getroffen, oder eine solche im Vertrag überhaupt ausgeschlossen, so kann ebenfalls Antrag auf richterliche Festsetzung gestellt werden. Unterbleibt die Kündigung, so muss beiderseits vollständig erfüllt werden.

2. *Das Dienstverhältnis ist noch nicht angetreten.*

Auf das nicht angetretene Dienstverhältnis findet § 19 K. O. überhaupt keine Anwendung, auch dann nicht, wenn es sich um Dienste handelt, welche im Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners zu leisten sind. Es kommen die allgemeinen Grundsätze, insbesondere § 15 K. O. zur Anwendung.

a) Dienste, welche für die Konkursmasse nicht verwertet werden können, weil sie auf das engste an die Person des Gemeinschuldners oder seiner Angehörigen geknüpft sind, werden durch das Konkursverfahren nicht berührt, wenn sie erst nach der Konkurseröffnung zu leisten sind.

b) Bei Diensten, welche für die Konkursmasse verwertbar sind, findet das Wahlrecht des Konkursverwalters gemäss § 15 K. O. Anwendung.

3. Für die Fälle der Dienstmiete, welche nicht als Dienstverhältnisse erscheinen, gilt das unter vorstehender Ziffer 2 Ausgeführte.

II. Der Gemeinschuldner ist der Vermieter.

Die Konkursordnung enthält keine besonderen Bestimmungen über den Einfluss der Konkurseröffnung auf Verhältnisse, kraft deren der Gemeinschuldner zu vertragsmässiger Dienstleistung verpflichtet ist. Auch § 15 K. O. ist nicht anwendbar. Mietverhältnisse, bei welchen der Gemeinschuldner Dienste zu leisten hat, werden durch die Konkurseröffnung überhaupt nicht berührt. Denn die Arbeitskraft des Gemeinschuldners ist nicht Bestandteil der Konkursmasse (§ 1 K. O.), daher kann auch der Anspruch auf Bethätigung derselben keine aus der Konkursmasse zu tilgende Verbindlichkeit sein (§ 2 K. O.). Nur dann, wenn dieser Anspruch schon vor der Konkurseröffnung in einen Ersatzanspruch umgewandelt ist, muss dieser aus der Konkursmasse getilgt werden; denn dann steht eine Leistung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners in Frage. Von einer Umwandlung in einen Ersatzanspruch kann nur die Rede sein, wenn es sich um Dienste handelt, die nicht an die Person des Gemeinschuldners unlösbar geknüpft sind, sondern auch durch Dritte vorgenommen werden können. Der Ersatzanspruch selbst hat mit dem Mietverhältnis nichts mehr zu schaffen.

1. Hat der Gemeinschuldner Dienste geleistet, so ist der Vergütungsanspruch hiefür Bestandteil der Konkursmasse; denn durch die Bethätigung der persönlichen

Arbeitskraft vor der Konkurseröffnung wurde auch der Anspruch auf die Gegenleistung vorher erworben. Soweit deren Pfändbarkeit nach anderweitigen Gesetzesbestimmungen ausgeschlossen ist, kann sie zur Konkursmasse nicht gezogen werden.

2. Wenn er nach der Konkurseröffnung Dienste leistet, kann der Vergütungsanspruch für dieselben nicht zur Konkursmasse eingefordert werden, weil er erst durch die Leistung nach der Konkurseröffnung erworben wird, zur Konkursmasse aber nur das bei der Konkurseröffnung vorhandene Vermögen gehört.

3. Reichsrechtliche und gemeinrechtliche Ausnahmen.

Solche Ausnahmen von der Regel des § 15 K. O. sind durch § 20 K. O. aufrecht erhalten. Von § 20 wurde bereits oben gehandelt, hier sind die einzelnen in Betracht kommenden Fälle ins Auge zu fassen.

I. Reichsrechtliche Bestimmungen.

1. Durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters werden aufgelöst die offene Handelsgesellschaft (Art. 123 Ziff. 3 H. G. B.), die Kommanditgesellschaft (Art. 170 Abs. 2) und die Kommanditaktiengesellschaft (Art. 200).

Die stille Gesellschaft wird aufgelöst durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Geschäftsinhabers oder des stillen Gesellschafters (Art. 261 Ziff. 3 H. G. B.)

2. Nach Art. 903 l. c. kann im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Versicherers der Versicherte entweder von dem Vertrage zurücktreten und die Prämie, soweit sie nicht bezahlt ist, zurückbehalten oder auf Kosten des Versicherers eine neue Versicherung eingehen. Dieser Rückforderungs- bezw. Kostenersatzanspruch ist aus der Konkursmasse zu erfüllen.

3. Gemäss Art. 29 W. O. ist der Gemeinschuldner als Akzeptant verpflichtet, Sicherheit zu leisten.

4. Das Lehrverhältnis kann nach § 128 Abs. 3 Nr. 2 Gew. O. auf Seite des Lehrlings gelöst werden, wenn

der Lehrherr unfähig geworden ist, seine Vertragspflichten zu erfüllen.

Diese Unfähigkeit kann auch Folge des Konkurses über das Vermögen des Gemeinschuldners sein, z. B. bei Schliessung seines Geschäftes. Auch für diesen Fall gilt obige Bestimmung. Denn es handelt sich bei dem Lehrverhältnisse nicht sowohl um eine Dienstmiete im Sinne des § 19 K. O., sondern um eine locatio conductio operis, welche die Ausbildung des Lehrlings durch den Lehrherrn zum Ziele hat.

II. Gemeinrechtliche Bestimmungen.

1. Die societas wird durch die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters aufgehoben (l. 65 D. pro soc. 17, 2).

2. Ist ein Werkverdingungsvertrag abgeschlossen und soll der Gemeinschuldner aus dem Material des Bestellers ein opus fertigen, dann kann letzterer im Falle der Konkurseröffnung sein Eigentum vindizieren und dadurch das Wahlrecht des Konkursverwalters, wo ein solches möglich wäre, ausschliessen.

a) Ist das opus hergestellt, so muss der Besteller seinerseits erfüllen.

b) Ist das opus noch nicht fertig gestellt, so kann der Konkursverwalter ein Retentionsrecht an dem Material bis zum Ersatze der durch die aufgewendete Arbeit erzielten Wertserhöhung ausüben.

B. Verträge, die zur Zeit der Konkurseröffnung von einem Teile vollständig erfüllt sind.

I. Allgemeines.

Im allgemeinen besteht kein Bedürfnis, über den Einfluss der Konkurseröffnung auf die Erfüllung zweiseitiger Verträge, welche zur Zeit der Konkurseröffnung von einem Teile bereits erfüllt sind, in der Konkursordnung besondere Bestimmungen zu treffen. Abgesehen von der Vorschrift des § 20 K. O. und dem Falle der

wirksamen Anfechtung eines Vertrags auf Grund der §§ 22 ff. K. O. ist dies auch nicht geschehen.

Solche Verträge sind in der Regel ebenso zu erfüllen wie Rechtsgeschäfte, welche überhaupt nur eine einseitige Leistungspflicht begründen.

a) Ist der Vertrag von dem Gemeinschuldner erfüllt, vom andern Teile nicht oder nicht vollständig, dann ist sein Recht auf die noch ausstehende Gegenleistung ein zur Konkursmasse gehöriges Vermögensrecht. Die Thatsache der Konkurseröffnung allein gibt dem Verwalter kein Recht, von dem Vertrage abzugehen. Noch weniger kann sich der Dritte seiner Leistungspflicht entziehen.

Wenn die geschuldete Gegenleistung des Dritten für die Konkursmasse nicht verwertbar ist, so bleibt der diesbezügliche Anspruch des Gemeinschuldners vom Konkursverfahren unberührt, z. B. es handelt sich um Dienste, welche nur dem Gemeinschuldner persönlich geleistet werden können; die Leistung des Gemeinschuldners kann nicht in die Konkursmasse zurückgefordert werden, wenn nicht ein Fall der Anfechtung vorliegt (§ 22 ff.)

b) Hat der Vertragsgegner vollständig erfüllt, der Gemeinschuldner nicht oder nur teilweise, dann ist sein Anspruch gegen denselben eine Konkursforderung, ebenso wie eine Forderung aus einem einseitigen Rechtsgeschäfte. Ist die von dem Gemeinschuldner zu bethätigende Gegenleistung eine solche, die nicht aus dem Vermögen desselben zu erfolgen hat, so steht dem andern Teile selbstverständlich ein Anspruch gegen die Konkursmasse nicht zu, z. B. der Anspruch auf Dienstleistungen des Gemeinschuldners, soweit der Anspruch nicht vor der Konkurseröffnung in einen Ersatzanspruch umgewandelt worden ist. Denn die Arbeitskraft des Gemeinschuldners ist kein Bestandteil des Konkursvermögens, also kann der Anspruch auf ihre Bethätigung nicht als Konkursforderung erhoben werden. Das Vertragsverhältnis wird aber durch die Konkurseröffnung an sich nicht aufgehoben; infolge dessen hat der Dritte auch keinen Anspruch auf Rückerstattung des Geleisteten.

II. Besondere Fälle.

Durch § 20 K. O. sind nicht bloss die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über zweiseitige, von keinem Teile vollständig erfüllte Verträge aufrecht erhalten, sondern auch für den Fall, dass sie von einem Teile ganz erfüllt sind. Es kommen hier für das Gebiet des Reichsrechts und gemeinen Rechts in Betracht:

1. Art. 903 H. G. B. wonach der Versicherte bei Zahlungsunfähigkeit des Versicherers entweder von dem Vertrage abgehen und die ganze Prämie zurückfordern oder auf Kosten des Versicherers eine neue Versicherung nehmen kann.

2. Art. 29 W. O. über die Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Sicherheitsleistung.

3. § 128 Abs. 3 Ziff. 2 Gew. O. über die Lösung des Lehrverhältnisses.

4. Die gemeinrechtliche Bestimmung, dass der Besteller bei der locatio conductio operis sein Eigentum vindizieren kann.

II. TEIL.

Delikte.

Delikte sind schuldhafte, rechtsverletzende Handlungen, bezw. Unterlassungen einer Person, welche die Verpflichtung zum Schadensersatz nach sich ziehen. Die Konkursordnung enthält keine Bestimmung über den Einfluss der Konkurseröffnung auf die Erfüllung der durch sie begründeten Ersatzpflicht. Sie sind wie einseitige Rechtsgeschäfte zu behandeln.

1. Ist der Gemeinschuldner der Verletzte, so gehört der Schadensanspruch dann zur Konkursmasse, wenn das Delikt vor der Eröffnung des Verfahrens begangen worden ist. Beispiele sind: Der Entschädigungsanspruch wegen Verletzung des Urheberrechts, Markenrechts oder Patentrechts des Gemeinschuldners, der Anspruch wegen Beschädigung oder Vernichtung einer dem Gemein-

schuldner gehörigen Sache. Wenn aber die Geltendmachung eines solchen Ersatzanspruchs ein höchst persönliches Recht des Gemeinschuldners bildet, so erscheint der Anspruch als durch eine Thätigkeit, eine Willensäusserung des Gemeinschuldners bedingt. Diese ist aber nicht Bestandteil der Konkursmasse, sondern der durch sie geschaffene Vermögenswert. Infolge dessen gehört der Anspruch nur zur Konkursmasse, wenn der Gemeinschuldner ihn vor der Eröffnung des Verfahrens geltend gemacht hat; z. B. der Anspruch auf Busse gemäss §§ 188, 231 R. St. G. B.

2. Sind dritte Personen durch Willensäusserungen des Gemeinschuldners verletzt, so können etwaige Ansprüche hieraus gegen die Konkursmasse geltend gemacht werden, wenn das Delikt vor der Konkurseröffnung begangen worden ist. Jedoch sind Geldstrafen kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (§ 56 Ziff. 3 K. O.) von der Geltendmachung im Konkursverfahren ausgeschlossen.

III. TEIL.

Sonstige Thatbestände.

Es sind hierunter Ereignisse zu verstehen, welche weder Rechtsgeschäfte noch Delikte sind.

Beispiele: Der ausserehelichе Beischlaf in den Rechtsgebieten, in welchen derselbe nicht als Delikt, sondern als einfache Handlung erscheint, hat die Verpflichtung zur Alimentation des in demselben erzeugten Kindes von Rechtswegen zur Folge; der Wirtschafts- und Schiffsbetrieb begründet ohne weiteres eine Haftung des Geschäftsherrn für Delikte seiner Untergebenen; das Unterliegen im Prozesse hat die Verpflichtung zur Kostentragung zur Folge etc.

Der Einfluss der Konkurseröffnung auf die an solche Thatbestände geknüpfte Leistungspflicht ist der gleiche wie bei einseitigen Rechtsgeschäften.

II. Hauptstück.

Die Bethätigung der Erfüllung.

I.

Erfüllung im Sinne des Konkursrechts ist nicht nur die Bethätigung der ursprünglichen Leistungspflicht, sondern jede von dem Verpflichteten vorgenommene Leistung, auf welche der Forderungsberechtigte im Augenblicke der Konkurseröffnung Anspruch hat. Dies ist von besonderer Wichtigkeit für die zweiseitigen Verträge. Es gibt Fälle, in welchen der Berechtigte, z. B. wegen Verzugs des Gegners, einen Schadensanspruch an Stelle der vertragsmässigen Leistung geltend machen kann. Eine solche Forderung wegen Nichterfüllung ist, wenn sie kraft des massgebenden bürgerlichen Rechts bereits im Augenblicke der Konkurseröffnung begründet war und nicht Folge der Konkurseröffnung selbst ist, eine im Konkurse zu erfüllende Forderung, eine Forderung auf Erfüllung, wenn sie auch erst nach der Konkurseröffnung geltend gemacht wird. Sie ist nicht eine Forderung wegen Nichterfüllung im Sinne des Konkursrechtes; denn hierunter sind nur solche Forderungen begriffen, welche den Berechtigten wegen einer infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens eingetretenen Nichterfüllung des Vertrags zustehen.

II.

1. Die Erfüllung zur Konkursmasse muss stets in natura erfolgen, d. h. es muss das geleistet werden, was der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung zu fordern berechtigt war; es muss ferner vollständig erfüllt werden, also alles geleistet werden, was an den Gemeinschuldner zu leisten war.

2. Die Eigentümlichkeit der Mietverhältnisse erfordert eine besondere Betrachtung für den Fall, dass der Dritte gemietet und die Mietsache übergeben erhalten hat.

Nach dem Willen des Gesetzes hat die Konkurseröffnung die sofortige Beendigung des Verhältnisses nicht zur Folge (§ 17 Z. 2 K. O.) So lange nun das Mietverhältnis fortdauert, fliessen die von der Konkurseröffnung an verfallenden Gelder als Erträgnisse eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes in die Konkursmasse.

Hat der Gemeinschuldner die nach der Konkurseröffnung erwachsenden Mietgelder an einen Dritten zediert, so ergibt sich eine Abweichung von dem allgemeinen Grundsatze, dass der Konkursverwalter die Verfügungen des Gemeinschuldners vor der Eröffnung des Verfahrens sowie wohlerworbene Rechte Dritter zu beachten habe. Die Zession hat, soweit Erträgnisse nach der Konkurseröffnung in Betracht kommen, als unwirksam zu gelten. Denn diese Mietgelder bilden die Gegenleistung für die Mietnutzungen, welche der Konkursverwalter von dem Zeitpunkte der Konkurseröffnung ab gewährt. Die Gegenleistung für eine aus der Konkursmasse zu gewährende Nutzung muss auch in die Konkursmasse fallen und kann derselben durch eine vorherige Verfügung des Gemeinschuldners nicht entzogen werden.

III.

Die Erfüllung aus der Konkursmasse erfolgt in der Regel auf Grund des § 2 K. O. anteilweise. Die Forderungen werden nach dem Verhältnis ihrer Grösse berücksichtigt, also nur teilweise getilgt, wenn die Konkursmasse zur vollständigen Deckung aller Ansprüche nicht hinreicht. Der Gläubiger erlangt nur anteilweise Erfüllung, konkursmässige Erfüllung.

Den verschiedenartigen Ansprüchen der Konkursgläubiger gegenüber ist die Konkursmasse etwas Einheitliches. Zweck des Konkursverfahrens ist, diesen mannigfaltigsten Ansprüchen möglichst gerecht zu werden. Dies kann am besten nur dadurch erreicht werden, dass die Erfüllung aus der Konkursmasse durch das allgemeine Tausch- und Zahlungsmittel, durch Geld erfolgt. Daher werden die aus der Konkursmasse zu

befriedigenden Forderungen, welche nicht ohnehin auf einen Geldbetrag gerichtet sind, in Geldforderungen umgewandelt (§ 62 K. O.). So z. B. bei der Sachenmiete durch einen Dritten, wenn der Mietpreis vollständig bezahlt ist. Sein Anspruch auf Benützung der Sache verwandelt sich mit der Konkurseröffnung in einen Geldanspruch. Ferner werden alle betagten Forderungen fällig; demnach müssen sie, gleichviel ob auf einmalige oder wiederkehrende Leistung gerichtet, in ihrem gegenwärtigen Schätzungswerte festgestellt werden (§§ 58, 63 K. O.).

2. Von den vorstehend ausgesprochenen Grundsätzen ergeben sich Ausnahmen nach einer doppelten Richtung.

Gewisse gegen die Konkursmasse gerichtete Forderungen sind Masseschulden, nicht blosse Konkursschulden. Der Berechtigte muss in solchem Falle eine bloss anteilweise Befriedigung seiner Forderung sich nicht gefallen lassen. Sie sind aus der Konkursmasse vor Befriedigung der Konkursforderungen zu erfüllen. Als Masseschulden müssen sie auch in natura erfüllt werden. Eine Umwandlung der nicht auf eine Geldleistung gerichteten Forderungen in Geldforderungen findet nicht statt.

Welche zur Zeit der Konkurseröffnung bestehenden Forderungen gegen den Gemeinschuldner als Masseschulden zu erachten sind, ist in § 52 Ziff. 2 K. O. bestimmt.

Die betreffende Gesetzesstelle lautet:

Masseschulden sind:

. . . . . .

2. Die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen muss;

. . . . . .

Damit sind die zweiseitigen, von keinem Teile ganz erfüllten Verträge bezeichnet, deren Erfüllung der Konkursverwalter auf Grund des in § 15 K. O.

ihm eingeräumten Wahlrechts fordert; ferner die Mietverhältnisse der §§ 17—19 K. O., soweit kraft der Bestimmung der Konkursordnung das Verhältnis nach der Eröffnung des Verfahrens fortgesetzt werden muss.

a) Macht der Konkursverwalter von dem ihm nach § 15 K. O. zustehenden Wahlrecht dahin Gebrauch, dass er erfüllt und die Erfüllung fordert, so muss er genau das leisten, was der Gemeinschuldner zu leisten gehabt hätte. Dabei darf der nicht auf Geld gerichteten Leistungspflicht des Gemeinschuldners nicht durch Leistung des Geldwertes genügt werden. Ist z. B. der Gemeinschuldner bei einem Fixgeschäft der Lieferungspflichtige, bei welchem ein massgeblicher Marktpreis sich nicht ermitteln lässt, so muss der Konkursverwalter seinerseits die geschuldete Ware liefern, wenn er für die Erfüllung sich entscheidet.

Da der Vertrag etwas einheitliches ist, kann der Konkursverwalter nicht hinsichtlich blosser Teilleistungen erfüllen und Erfüllung fordern. Handelt es sich daher um teilbare Leistungen und ist der Vertrag vom Gegner teilweise erfüllt, so muss der Konkursverwalter, wenn er Erfüllung bezüglich des Restes fordern will, die Gegenleistung für die bereits bethätigte Teilleistung als Masseschuld, nicht als blosse Konkursschuld erfüllen.

Eine besondere Beachtung erfordert der Fall, wo nach dem Willen der Parteien die geschuldete Leistung in mehrere von einander unabhängige Teile zerlegt werden kann. Es ist z. B. vereinbart, A solle an den Gemeinschuldner B 1000 Ztr. Getreide, den Ztr. zu 8 Mk. liefern und dabei selbständige Teillieferungen von je 100 Ztr. machen können. Hat nun A in vier Lieferungen 400 Ztr. geschickt und ist die letzte Lieferung trotz Fälligkeit des Preises noch nicht beglichen, so gilt der Vertrag hinsichtlich der drei ersten Lieferungen als von beiden Teilen erfüllt. Wählt der Konkursverwalter die Nichterfüllung, so wird die Forderung für die letzten noch nicht bezahlten 100 Ztr. Konkursforderung; sie ist auf anteilweise Befriedigung beschränkt. Verlangt der Konkursverwalter aber Be-

thätigung einer weiteren Lieferung, so kann der Gegner durch den Einwand, dass der Vertrag nicht erfüllt ist, den Konkursverwalter zwingen, auch den Kaufpreis für die rückständigen 100 Ztr. als Masseschuld zu bezahlen.

b) Der Eigentümlichkeit der Mietverhältnisse ist dadurch Rechnung getragen, dass in gewissen Fällen der Konkursverwalter sich nicht gemäss § 15 K. O. für die Erfüllung entscheiden kann, dass aber das Verhältnis gleichwohl fortgesetzt werden muss, entweder auf kürzere oder auf die ganze vertragsmässige Zeit. In solchen Fällen ist zufolge der vorerwähnten Bestimmung des § 52 Ziff. 2 a. E. die Forderung des Gegners eine Masseschuld.

Es kommen folgende Einzelfälle in Betracht:

α) Die Sachenmiete.

αα) Ist der Gemeinschuldner Mieter und die Sache übergeben, so kann das Mietverhältnis erst nach erfolgter Kündigung gelöst werden (§ 17 Ziff. 1 K. O.); bis zu diesem Zeitpunkt ist die Gegenleistung aus der Konkursmasse eine Masseschuld; es handelt sich hier um eine zeitlich beschränkte Erfüllung. Wird von keiner Seite gekündigt, so ist die Bezahlung der Miete für die ganze Vertragsdauer Masseschuld; denn in diesem Falle muss die Erfüllung für die ganze vertragsmässige Zeit erfolgen.

Der Mietzins, welcher für die Benützung der Sache vor der Konkurseröffnung geschuldet wird, ist eine blosse Konkursschuld, nicht eine Masseschuld. Die Wirkung, dass das Verhältnis fortgesetzt werden muss, beruht hier unmittelbar auf dem Gesetze, nicht auf dem Willen des Konkursverwalters. Er muss für die durch das Gesetz geforderte kürzeste Frist erfüllen, selbst wenn er die Nichterfüllung überhaupt will. Sein Recht, Nichterfüllung geltend zu machen, ist aber nur hinausgeschoben; infolge dessen darf die Zeit vor der Konkurseröffnung nicht anders behandelt werden als in den Fällen, wo er sich sofort für die Nichterfüllung entscheiden kann.

Ist die Mietsache nicht übergeben, und erklärt der

Vertragsgegner nicht rechtzeitig seinen Rücktritt von dem Vertrage, so tritt das Wahlrecht des Konkursverwalters ein und es finden die allgemeinen Bestimmungen Anwendung.

Insoweit nach der Konkurseröffnung zu erfüllen ist, hat selbstverständlich der Gemeinschuldner kein Recht, auf die weitere Benützung der Sache, vielmehr kann der Konkursverwalter sie zu Gunsten der Konkursmasse verwerten z. B. durch Vermietung an Dritte.

ββ) Ist der Gemeinschuldner Vermieter, so muss im Zweifel das Verhältnis fortgesetzt werden, wenn die Sache bereits übergeben ist (§ 17 Ziff. 2 K. O.). In solchem Falle muss der Konkursverwalter den Dritten im ungestörten Nutzgenuss der Sache belassen, und zwar bis zur zulässigen Beendigung des Mietverhältnisses.

Ist die Sache noch nicht übergeben, so kommen die allgemeinen Bestimmungen zur Anwendung, insbesondere § 15 K. O.

β) Die Dienstmiete.

Ein angetretenes Dienstmieteverhältnis im Sinne des § 19 K. O. muss von Seite des Konkursverwalters durch Zahlung des Lohnes als Masseschuld fortgesetzt werden, bis es durch Kündigung oder Endigung der Vertragszeit erlischt.

Soweit Lohn für etwa vor der Konkurseröffnung geleistete Dienste geschuldet wird, ist derselbe eine blosse Konkursschuld.

III. Hauptstück.

Rechtsstand in den Fällen, in welchen Erfüllung nicht erfolgt.

Die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit des Dritten kommt nur bei zweiseitigen, von keinem Teile vollständig erfüllten Verträgen in Betracht. In der Konkursordnung findet sich keine allgemeine Bestimmung

darüber, was in einem solchen Falle Rechtens sein solle. Es liegt auch kein Bedürfnis zur besonderen Regelung dieser Frage vor.

Die durch die Konkurseröffnung herbeigeführte Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Dritten hat ihren Grund in Verhältnissen des Gemeinschuldners. Daher kann der Konkursmasse nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein Ersatzanspruch gegen den Dritten nicht zugestanden werden, selbst dann nicht, wenn derselbe die Erfüllung auf Grund einer ihm in der Konkursordnung eingeräumten Befugnis vereitelt, z. B. er kündigt gemäss § 17 Ziff. 1, bezw. § 19 K. O. oder tritt nach § 18 K. O., bezw. gemäss § 20 K. O. mit Art. 903 des H. G. B. von dem Vertrage zurück.

Nur für das Fixgeschäft ist in § 16 K. O. ein Schadensanspruch der Konkursmasse anerkannt. Wenn nämlich der in Abs. 2 dortselbst bezeichnete Unterschied zwischen Kaufpreis und dem massgeblichen Börsen- oder Marktpreis der Ware infolge der Nichterfüllung eine Benachteiligung der Konkursmasse ergibt, so hat der Vertragsgegner ihr diesen Unterschied zu ersetzen.

II. Ueber die Folgen der Nichterfüllung von Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners handelt § 21 K. O. Er lautet:

> »Wenn infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen. Er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht.«

1. § 21 K. O. spricht von der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit und der Aufhebung eines Rechtsver-

hältnisses des Gemeinschuldners. Auch in dem letzteren Fall handelt es sich um eine persönliche Leistungspflicht des Gemeinschuldners gegenüber einem Dritten, nicht um anderweitige Rechtsverhältnisse. Dies geht aus der mehrerwähnten Ueberschrift des Titels II der Konkursordnung hervor, welcher von der »Erfüllung der Rechtsgeschäfte« handelt, und ergibt sich auch aus dem Wortlaute des § 21 K. O. selbst. Die dort angeführten Worte »der andere Teil« beziehen sich gleichmässig auf die Fälle der Nichterfüllung und der Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Dadurch kommt zum Ausdrucke, dass es sich in beiden Fällen um eine persönliche Leistungspflicht handeln muss, nicht bloss im ersteren Falle.

Andererseits ist aus der oben aufgeführten Ueberschrift zu entnehmen, dass § 21 K. O. nur solche, eine persönliche Haftungspflicht begründende Rechtsverhältnisse betrifft, welche auf Rechtsgeschäften beruhen, diese aber auch alle, mag der Fall der Nichterfüllung des Rechtsverhältnisses aus § 15 K. O. oder aus §§ 16—19 K. O. oder endlich aus § 20 K. O. sich ergeben. In § 16 K. O. ist die Folge der Nichterfüllung für das Fixgeschäft bereits bezüglich des Falles geregelt, dass die Nichterfüllung gemäss der Bestimmung des § 16 K. O. selbst eintritt; daher kommt § 21 K. O. in dieser Beziehung nur soweit in Frage, als er ausdrücklich bestimmt, dass die wegen der Nichterfüllung dem Vertragsgegner dort eingeräumte Forderung nur eine Konkursforderung ist.

a) In § 21 K. O. ist die Rede von der »Nichterfüllung oder Aufhebung« infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens.

Die genannte Gesetzesstelle findet also keine Anwendung auf alle jene Verhältnisse, bei denen die Nichterfüllung nicht Folge der Konkurseröffnung ist. Es bleiben also zunächst die Fälle ausser Betracht, in welchen nach dem massgebenden bürgerlichen Rechte aus einem anderen Grunde als infolge der Konkurseröffnung, z. B. wegen Verzugs, der Vertrag als ohne

weiteres aufgelöst zu erachten ist oder wenigstens dem anderen Teile die Befugnis zusteht, den Vertrag rückgängig zu machen. Eine derartige Bestimmung des bürgerlichen Rechts wird durch § 21 K. O. überhaupt nicht berührt. Der Vertragsgegner kann also, ohne Rücksicht auf die Bestimmung des § 21 K. O. die Rückgabe der etwa geleisteten Sache fordern, wenn ihm ein dinglicher Rückforderungsanspruch zusteht. Ist dieser nur ein persönlicher, so wird die Sache selbst allerdings nicht herausgegeben, sondern der Anspruch muss gemäss § 62 K. O. in eine Geldforderung umgewandelt werden.

§ 21 K. O. kommt selbstverständlich auch dann nicht zur Anwendung, wenn der Konkursverwalter und der Dritte kraft nachträglicher Vereinbarung gegenseitig auf Erfüllung eines Vertrags verzichten oder ein Rechtsverhältnis aufheben; denn hier ist die Ursache der Nichterfüllung, bezw. Aufhebung des Rechtsverhältnisses nicht die Konkurseröffnung, sondern eine freie Vereinbarung.

b) Die Nichterfüllung oder Aufhebung des Rechtsverhältnisses ist entweder unmittelbare oder mittelbare Folge der Konkurseröffnung.

Ersteres ist der Fall,

α) wenn die ursprüngliche Forderung in eine Geldforderung umgewandelt wird (§ 62 K. O.),

β) wenn nur konkursmässige Erfüllung durch anteilweise Befriedigung erfolgt (§ 2 K. O.),

γ) wenn das Gesetz ohne weiteres die Nichterfüllung ausspricht, wie bei dem Fixgeschäfte gemäss § 16 K. O.

Die Nichterfüllung oder Aufhebung des Rechtsverhältnisses ist mittelbare Folge der Konkurseröffnung dann, wenn bei einem Vertrage die volle vertragsmässige Erfüllung auf Seite des Gemeinschuldners dadurch verhindert wird, dass der Konkursverwalter oder der Dritte kraft der ihm durch die Konkursordnung (§§ 15, 17—19, 20 K. O.) eingeräumten Befugnis sich für die Nichterfüllung, bezw. Aufhebung des Rechtsverhältnisses entscheidet.

Durch § 21 K. O. werden alle Fälle der Nichterfüllung, bezw. Aufhebung betroffen, mögen sie mittelbare oder unmittelbare Folge der Konkurseröffnung sein. Der Umstand, dass der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung in Verzug war, steht der Anwendung des § 21 K. O. nicht entgegen, wenn die endgültige Nichterfüllung Folge der Konkurseröffnung ist.

2. In den von § 21 K. O. betroffenen Fällen kann eine Forderung wegen Nichterfüllung oder Aufhebung des Verhältnisses nur als Konkursforderung geltend gemacht werden.

Hiemit soll zunächst nicht gesagt sein, dass unter allen Umständen der beteiligte Dritte eine Konkursforderung anmelden könne. § 21 K. O. schafft kein Forderungsrecht, sondern bestimmt lediglich, in welcher Weise das Forderungsrecht, falls ein solches besteht, geltend gemacht werden kann. Die Frage, ob dem Dritten ein Anspruch zusteht, ist nach den sonstigen Rechtsgrundsätzen, insbesondere nach dem massgebenden bürgerlichen Rechte zu entscheiden. (Ebenso Motive S. 1391, 1404; anders Oetker: Ztschr. f. Z. Pr. Bd. 14 S. 49.)

Das gleiche gilt für das Fixgeschäft des § 16 K. O. Auch dort ist ein Forderungsrecht nicht geschaffen worden, sondern nur zum Ausdruck gebracht, dass eine Forderung wegen Nichterfüllung erhoben werden könne, falls sie nach den sonstigen Rechtsgrundsätzen begründet ist

a) Der Begriff «Forderung» ist in § 21 K. O. vorzugsweise, in § 16 dortselbst ausschliesslich in dem Sinne von Anspruch auf Schadensersatz zu verstehen.

Wann Schadensersatz beansprucht werden kann, beantwortet sich nach dem bürgerlichen Recht. Ein solcher wird fast immer gefordert werden können; denn die nachträgliche rechtliche Unmöglichkeit der Erfüllung ist durch die besonderen, wirtschaftlich schwierigen Verhältnisse des Gemeinschuldners herbeigeführt worden, für die er in gleicher Weise aufzukommen hat, wie wenn er infolge thatsächlicher

Schwierigkeiten ausserhalb des Konkurses einer Verbindlichkeit nicht nachgekommen ist und der Gläubiger infolge dessen Anspruch auf Schadensersatz erlangt. Doch kann nach gemeinem Recht der Gemeinschuldner sich von dieser Ersatzpflicht durch den Beweis befreien, dass ihn bezüglich des Konkursausbruches keine Schuld trifft.

Ein Schadensersatzanspruch ist selbstverständlich nicht gegeben, wenn der beteiligte Dritte durch die Nichterfüllung, bezw. Aufhebung keinen Schaden erlitten hat.

Für das Fixgeschäft des § 16 K. O. ist, wie sich aus Abs. 2 l. c. ergibt, ein Schadensersatzanspruch zu Gunsten des Dritten nur unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen, aber dann auch stets anzuerkennen, ohne dass eine nähere Prüfung der Schadensfrage vorzunehmen ist. Ein Schadensanspruch wird bei dem Fixgeschäfte gewährt, wenn der Kaufpreis und der massgebende Markt-, bezw. Börsenpreis der Ware von einander verschieden sind, und zwar muss der Markt-, bezw. Börsenpreis höher sein als der Kaufpreis, wenn der Gemeinschuldner der Verkäufer ist; er muss niedriger sein, wenn der Gemeinschuldner der Käufer ist. In anderen Fällen ist für den Dritten ein Schadensanspruch ausgeschlossen.

Ein Schadensanspruch ist auch dann nicht begründet, wenn der Dritte von einem ihm durch die Konkursordnung eingeräumten Rechte Gebrauch macht und so die Nichterfüllung, bezw. Aufhebung des Rechtsverhältnisses herbeiführt, z. B. er erklärt auf Grund des § 20 K. O. mit Art. 903 H. G. B. oder des § 18 Abs. 1 K. O. seinen Rücktritt vom Vertrag, oder er kündigt auf Grund des § 17, bezw. 19 K. O. das Mietverhältnis. Für einen durch eigene Handlungen erlittenen Schaden kann der beteiligte Dritte den Gemeinschuldner nicht haftbar machen.

Die Frage nach der Höhe des etwa bestehenden Schadensersatzanspruches ist gleichfalls nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen. Ist das Erfüllungsinteresse

der Parteien in einer nach bürgerlichem Rechte giltigen Weise im voraus dem Betrage nach festgesetzt, so ist der Vertrag massgebend (Konventionalstrafe). Ob Vergütung eines höheren Schadens verlangt werden kann, hängt davon ab, ob nach dem Willen der Parteien ein solcher zugelassen werden wollte.

Nur in einem Falle wird die Höhe des zu ersetzenden Schadens durch die Konkursordnung selbst bestimmt. Wenn nämlich die Nichterfüllung eines Fixgeschäftes in Frage steht, so besteht gemäss § 16 Abs. 2 K. O. die Höhe des Schadens in dem Unterschied zwischen dem Kaufpreis der Ware und dem in Abs. 2 l. c. bestimmten Markt-, bezw. Börsenpreise derselben.

Letzterer muss der am Erfüllungsorte oder dem hiefür massgebenden Handelsplatze ermittelte sein. Derselbe muss aus den für die gleichartige Ware am zweiten Werktage nach der Konkurseröffnung geschlossenen Geschäften entnommen werden, welche mit dem durch die Konkurseröffnung betroffenen Lieferungsgeschäfte gleichzeitig zu erfüllen wären. Anderweitiger Schadensersatz kann nicht beansprucht werden. Macht der Dritte den ihm allenfalls zustehenden Schadensersatzanspruch nicht im Laufe des Konkursverfahrens geltend, so kann er auch dann nicht mehr Erfüllung fordern, wenn die Erfüllungszeit nach dem Zeitpunkt der Beendigung des Konkurses fällt: dieses Recht ist auf Grund des § 16 K. O. ein für alle Mal beseitigt.

b) Eine Forderung wegen Nichterfüllung, bezw. Aufhebung des Rechtsverhältnisses im Sinne des § 21 K. O. ist, abgesehen von dem bereits besprochenen Falle des Schadensersatzes, auch der persönliche Anspruch des Dritten auf Rückgewähr einer Leistung gemäss der Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, falls infolge der Konkurseröffnung Nichterfüllung oder Aufhebung des Rechtsverhältnisses eintritt. Für einen solchen Anspruch trifft § 16 K. O. keine Bestimmung.

Der Begriff «Forderung wegen Nichterfüllung» ist dort ausschliesslich als Schadensanspruch gedacht; das

ergibt sich klar und deutlich aus den Worten «der Betrag dieser Forderung etc.» in Abs. 2, welche als Forderung wegen Nichterfüllung den oben bereits besprochenen Preisunterschied bezeichnen. Daraus aber, dass § 16 K. O. über den etwaigen Anspruch auf Rückgewähr einer Leistung nichts bestimmt, darf nicht gefolgert werden, dass bei Fixgeschäften der Rückerstattungsanspruch überhaupt ausgeschlossen sein solle; eine solche Folgerung würde zu Unbilligkeiten führen, wie z. B. wenn der Dritte teilweise geleistet hat, der Gemeinschuldner aber überhaupt noch nicht. Es muss vielmehr angenommen werden, dass für solche Ansprüche § 21 K. O. massgebend sein solle, um so mehr, als derselbe nach dieser Richtung keinerlei Einschränkung enthält. Dem § 21 K. O. kommt demnach insoweit allgemeine Giltigkeit zu.

c) Von einer Forderung wegen Nichterfüllung kann nur dann die Rede sein, wenn bei den unter §§ 15—20 K. O. fallenden Verhältnissen auf Grund der dort anerkannten Wirkungen der Konkurseröffnung eine Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Gemeinschuldners eintritt, nicht aber dann, wenn eine bloss konkursmässige Erfüllung in Frage steht, wonach der Gläubiger bloss anteilweise Befriedigung erlangt. Diese gegebenenfalls mit einer Umwandlung der betreffenden Forderung in eine Geldforderung verbundene anteilweise Befriedigung erscheint allerdings als Nichterfüllung. Eine solche Nichterfüllung tritt bei jeder Forderung ein, die als Konkursforderung zu behandeln ist. Dass aber derjenige, der anstatt des Kaufpreises von 100 Mk. oder der an ihn verkauften Ware im gleichen Werte z. B. nur 50 Mk. Konkursdividende erhält, für die übrigen 50 Mk. eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend machen könne, muss unbedingt als ausgeschlossen erachtet werden. § 21 K. O. trifft allerdings keine Entscheidung über die Frage, ob eine Forderung wegen Nichterfüllung begründet ist; es könnte, wenn man ausschliesslich das bürgerliche Recht in Betracht zieht, nach letzterem ein Ersatzanspruch auch insoferne be-

gründet sein, als die durch die Konkurseröffnung eingetretene Unmöglichkeit der richtigen Erfüllung in einem von dem Gemeinschuldner zu vertretenden Umstande ihren Grund hat; allein die diesfallsige Anwendung des bürgerlichen Rechts wird durch den in der Konkursordnung zum Ausdruck gebrachten Gesamtzweck des Konkursverfahrens einer anteilweisen Befriedigung aller Konkursgläubiger ausgeschlossen. Die konkursmässige Erfüllung muss vielmehr nach dem erwähnten Zwecke als Erfüllung behandelt werden.

d) Eine Forderung wegen Nichterfüllung oder Aufhebung des Verhältnisses kann — vorbehaltlich etwaiger Absonderungsrechte — nur als Konkursforderung geltend gemacht werden, d. h. der Forderungsberechtigte hat nur Anspruch auf anteilweise Erfüllung, auf anteilweise Befriedigung in Geld.

Diese Bestimmung war notwendig mit Rücksicht auf § 52 Ziff. 1 K. O.; denn sonst würde in jenen Fällen, in welchen der Konkursverwalter durch seine Erklärung die Nichterfüllung herbeiführt, die Forderung eine Masseschuld bilden.

3. Hat der Gemeinschuldner das Eigentum an einer Sache vor der Konkurseröffnung erworben, so ist sie Teil der Konkursmasse und muss zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden. §§ 1, 2 K. O.

Die Frage, ob eine Sache in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen ist, entscheidet das bürgerliche Recht. Ist ein nach demselben zulässiger Eigentumsvorbehalt ausgeübt worden, so ist für die Dauer der Wirksamkeit desselben das Eigentum auf den erwerbenden Gemeinschuldner nicht übergegangen; die Sache kann daher nicht Gegenstand des Konkursverfahrens sein.

Hat der Gemeinschuldner Eigentum an einer Sache erworben, so ist der nach bürgerlichem Rechte zugelassene Rückforderungsanspruch im Zweifel ein bloss persönlicher, nicht ein dinglicher Anspruch. Daher bildet er eine Konkursforderung und muss als solche in einen Geldanspruch umgewandelt werden (§§ 2, 62

K. O.). Die Herausgabe der Sache selbst aber hat zu unterbleiben. Die Vorschrift des § 21 K. O. ist daher in dieser Beziehung überflüssig. Denn die einmal erfolgte Eigentumsübertragung wird nicht einmal dadurch unwirksam, dass sie aus einem irrtümlichen Grunde bethätigt wird (z. B. es wird die Sache überhaupt nicht geschuldet); um so weniger kann die Wirkung des Eigentumsübergangs dadurch aufgehoben werden, dass spätere Ereignisse die vollständige Vollziehung eines abgeschlossenen Vertrags unmöglich machen. Die Rückforderung der Sache kann in solchen Fällen nie mit der Klage aus dem Eigentum (rei vindicatio), sondern nur mit der persönlichen Klage auf Rückerstattung (condictio) erfolgen.

Gemeinrechtlich besteht ein Anspruch auf Rückgabe der geleisteten Sache im Falle der Nichterfüllung des Vertrags seitens des Gegners im allgemeinen nicht, sondern nur eine Klage auf Erfüllung und Entschädigung. Eine Rückforderung des Geleisteten ist, von besonderen Vertragsbestimmungen abgesehen, nur dann zulässig, wenn der Fall einer condictio ob causam datorum vorliegt. Allein auch in diesem Falle liegt es im Begriffe der condictio, dass sie als persönlicher Anspruch auf Rückgabe kein Recht auf Aussonderung gewährt, sondern als Konkursforderung sich in einen Geldanspruch umwandelt.

Die in Rede stehende Bestimmung des § 21 K. O. hat also Bedeutung nur für den Fall, dass nach dem massgebenden bürgerlichen Rechte infolge einer durch die Konkurseröffnung herbeigeführten Nichterfüllung oder Aufhebung des Verhältnisses die Eigentumsübertragung hinsichtlich der vom andern Teil geleisteten, bereits in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Sache als mit dinglicher Wirkung an den andern Teil zurückfallend erklärt würde. Diese dingliche Wirkung ist durch § 21 K. O. beseitigt. Aber er schliesst diese dingliche Wirkung bloss dann aus, wenn sie nicht nach den allgemeinen Grundsätzen des massgebenden bürgerlichen Rechts eintritt, der dingliche

Anspruch vielmehr lediglich für die durch die Konkurseröffnung herbeigeführte Nichterfüllung kraft besonderer Bestimmung zugelassen ist. Es bleibt sonach die Wirkung einer der Eigentumsübertragung beigefügten Resolutivbedingung durch die fragliche Bestimmung des § 21 K. O. unberührt. Die Eigentumsübertragung ist solchenfalls von Anfang an mit Beschränkungen behaftet.

JOSEF DESCHLER, MÜNCHEN.

Josef Deschler, München.